

**BEVISSIKRING I SIVILE SAKER UTEN AT
MOTPARTEN VARSLES – et unntak fra prinsippet om
kontradiksjon**

Kandidatnummer: 683

Leveringsfrist: 25. april 2008

Til sammen 17780 ord

23.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Kilder	2
1.3	Elektroniske bevis	5
<u>2</u>	<u>TILGRESENDE OMRÅDER.</u>	<u>5</u>
<u>3</u>	<u>BAKGRUNNEN FOR INNFØRINGEN AV TVML. § 271A</u>	<u>9</u>
3.1	TRIPS-avtalen	9
3.2	Innføringen av tvml. § 271a	13
3.3	Utenlandsk rett	15
3.4	Utformingen av regelen	16
3.4.1	Innledning	16
3.4.2	Erstatning	16
3.4.3	Partene og offentlighetens innsynsrett	18
3.4.4	Preklusjon	19
3.5	Virkeområdet	20
<u>4</u>	<u>KONTRADIKSJON</u>	<u>21</u>
4.1	Kontradiksjonsprinsippet	21
4.2	Etterfølgende muntlig forhandling	30
4.3	Tilbakeholdelse av bevismaterialet	33

4.4	Sikkerhetsstillelse	35
4.5	Erstatning	36
<u>5</u>	<u>VILKÅRENE FOR BEVISSIKRING UTEN AT MOTPARTEN VARSLES</u>	<u>38</u>
5.1	Grunn til å frykte	38
5.2	Spesifikasjon	41
<u>6</u>	<u>DEN PRAKTISKE GJENNOMFØRINGEN</u>	<u>45</u>
6.1	Innledning	45
6.2	Hvem skal gjennomføre bevissikringen?	46
6.3	Hvor er det adgang til å sikre bevis	48
6.4	Hva kan sikres som bevis og på hvilken måte skal materialet sikres	52
6.5	Tvangselementet	55
6.6	Normarc-saken	58
<u>7</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>58</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>60</u>
8.1	Lovgivning	60
8.2	Forskrifter	61
8.3	Forarbeider	61
8.4	Rettspraksis	62
8.5	Litteratur	63

8.6	Konvensjoner og internasjonale traktater	64
8.7	Internett	64
8.8	Personlig meddelelse	65

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Denne oppgavens tema er adgangen til å sikre bevis i sivile saker uten at motparten varsles, jf. tvisteloven (heretter kalt tvl.) § 28-3 fjerde til sjette ledd.¹ Regelen er en videreføring av tvistemålsloven (heretter kalt tvml.) § 271a.² Bestemmelsen finner vi i tvl. kapittel 28, hvor det åpnes for adgang til å sikre bevis utenfor rettssak, det vil si før rettssak er reist for domstolene. Hovedregelen ved bevissikring utenfor rettssak er at motparten skal varsles, jf. tvl. § 28-3 tredje ledd. En slik regel er i samsvar med prinsippet om kontradiksjon. I tvl. § 28-3 fjerde ledd, første og andre punktum finner vi et unntak fra hovedregelen og kontradiksjonsprinsippet:

”Dersom det er grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres, kan retten treffe avgjørelse om at bevissikring skal holdes før motparten varsles. Verken motparten eller allmennheten skal gjøres kjent med saken før bevissikringen er gjennomført, eller mer enn seks måneder er gått siden saken ble avsluttet.”

I tillegg til en generell redegjørelse for tvl. § 28-3 fjerde til sjette ledd vil oppgaven ta opp enkelte problemstillinger tilknyttet den praktiske gjennomføringen av bevissikringen. Reglene i tvl. § 28-3 fjerde ledd er en fravikelse av prinsippet om kontradiksjon. Likevel har lovgiver valgt å lovfeste en regel etter hvor det kan treffes avgjørelse om bevissikring uten at motparten er hørt. Problemstillingen er derfor i hvilken grad det er adgang til å fravike kontradiksjonsprinsippet?

¹ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90

² Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 15. august 1915 nr. 6

I og med at bevissikring etter tvl. § 28-3 fjerde ledd skjer før rettssak er reist er det formelt sett ingen saksøker eller saksøkt. For enkelthets skyld har jeg likevel valgt å kalle den som begjærer bevissikring for ”saksøker” og motparten vil jeg omtale som enten ”motpart” eller ”saksøkt”. Partsbegrepene kompliseres ytterligere i forbindelse med spørsmålet om det kan sikres bevis hos tredjemann (mer om dette i kapittel 6.3). I følge forarbeidene til tvisteloven, skal den det ønskes bevis tilgang mot gjøres som motpart.³ Dette betyr at også en eventuell tredjemann er ”motpart” i bevissikringssaken selv om formålet med sikringen ikke er å reise senere rettssak mot ham. Begrepet ”motpart”/”saksøkt” vil bli brukt om den man eventuelt vurderer å reise senere sak mot, og begrepet ”tredjemann” om tredjemann.

1.2 Kilder

Oppgavens tema er lite behandlet i rettspraksis og juridisk litteratur. For det første er bestemmelsen en relativt ny bestemmelse⁴ og for det andre er mange av avgjørelsene ikke publisert.

Oppgaven tar utgangspunkt i forarbeidene som kilde. Tvisteloven § 28-3 fjerde til sjette ledd er behandlet både av Tvistemålsutvalget, som forberedte den nye tvisteloven og i egne forarbeider til endringen av tvistemålsloven. Forarbeidene behandler få av de problemstillingene som kan oppstå i forbindelse med bevissikringen og gir derfor lite veiledning ved tolkningen.

Høyesterett har behandlet en sak om temaet, jf. Rt. 2006 side 626 (Normarc) Det er avsagt flere avgjørelser av underrettene og jeg vil derfor vise til disse for gi eksempler og belyse problemstillingene.⁵ Selv om underrettsavgjørelsene ikke har stor rettskildemessig vekt,

³ NOU 2001:32 B side 989

⁴ Tilføyd ved lov 25. juni 2004 nr. 49 og trådte i kraft 1. juli 2004

⁵ For å gjøre fremstillingen mer oversiktlig har jeg egne navn på de fleste underrettsavgjørelsene og på enkelte av Høyesteretts avgjørelser. For en full oversikt over disse, se litteraturlisten kapittel 8. I Normarc-

finner jeg i mangel av andre kilder at de må tillegges betydning og er anvendelige som eksempler. Jeg vil blant annet vise til enkelte upubliserte rettsavgjørelser.⁶ Noen av avgjørelsene har opprinnelig vært unntatt fra offentlig gjengivelse, jf. domstoloven § 130 første ledd, nettopp fordi motparten ikke skal varsles om bevissikringen.⁷ Som jeg vil komme til i kapittel 3.4.3 gjelder et slikt forbud kun til bevissikringen er gjennomført. I tillegg har jeg vært i kontakt med dommerne eller partene i de aktuelle sakene for å forsikre meg om at avgjørelsene kan benyttes i forbindelse med denne oppgaven.

Svenske, finske og danske myndigheter har også innført tilsvarende regler om bevissikring. Fordi bakgrunnen for reglene er den samme, nemlig TRIPS-avtalen⁸, kan det være nyttig ved tolkningen av tvl. § 28-3 fjerde til sjette ledd, å se på hvordan våre naboland har utformet sine bestemmelser.

Øvrige kilder jeg har benyttet meg av er juridisk litteratur. I forbindelse med innføringen av den nye tvisteloven har Tore Schei m.fl. skrevet en kommentarutgave til tvisteloven hvor flere temaer vedrørende bevissikring blir behandlet.⁹ Kommentaren behandler stort sett de samme problemstillingene som forarbeidene, uten å tilføre noe særlig nytt. Videre er det utgitt flere kommentarer til TRIPS-avtalen. I tillegg til bøker og artikler har jeg lest såkalte ”tvistelovbrev”, som er publisert på lovdata.no. Tvistelovsbrevene er utgitt av Tvistelovsprosjektet i Domstolsadministrasjonen. De er skrevet av utvalgte bidragsytere i domstolen, Domstolsadministrasjonen, Justisdepartementet, samt en justisråd fra Norges delegasjon til EU. Tvistelovsbrevene kan anses som juridisk litteratur, og de er ikke ment som retningslinjer til domstolene.¹⁰

saken har jeg vist til flere instansers avgjørelser, men på en slik måte at det til enhver tid fremgår av sammenhengen eller notene hvilken instans som omtales.

⁶ Disse avgjørelsene har jeg fått kopi av gjennom direkte kontakt med ulike tingretter.

⁷ Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5

⁸ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

⁹ Schei m.fl. Bind I og II (2007)

¹⁰ Jfr. e-post fra Christofer Eriksen, seniorrådgiver ved juridisk enhet, Domstolsadministrasjonen. (2008)

Vedrørende temaet om kontradiksjon har jeg benyttet både tvistelovens forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur, og også svensk og dansk juridisk litteratur.

I oppgaven vil det i flere sammenhenger refereres til kjennelsen fra Høyesterett, gjengitt i Rt. 2006 side 626 og til underrettsavgjørelsene i samme sak. For oversiktens skyld følger allerede her en kort gjennomgang av saksforholdet.

Saken kalles Normarc-saken. Partene i saken var Normarc Flight Inspection System AS (heretter kalt Normarc), som blant annet drev med produksjon og salg av produkter for kalibrering og kontroll av innflygningsinstrumenter. I en periode hvor selskapet ikke gikk så bra ble flere av de ansatte permittert. To av de tidligere ansatte stiftet et nytt konkurrerende selskap, Norwegian Special Mission AS (heretter kalt NSM), hvor flere av de opprinnelig ansatte i Normarc ble ansatt. Normarc fikk mistanke om at en eller flere av de tidligere ansatte hadde kopiert med seg lagret datamateriale. Etter tekniske analyser foretatt av sakkyndige i Ibas AS, mente Normarc at materiale fra selskapet var blitt kopiert. I Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004 ble det besluttet å gi adgang til bevisopptak uten at motparten ble varslet fordi det var grunn til å frykte at bevisopptaket ville hindres eller bevis slettes eller manipuleres. Namsmannen gjennomførte bevisopptaket hos NSM ved å speilkopiere alt materiale på selskapets servere, CD-er, tapes, på flere av de ansattes arbeidsstasjoner og på andre lagringsmidler, samt en del av backup-filene.

Etter bevisopptaket ble det etter krav fra NSM holdt etterfølgende muntlig forhandling og avsagt kjennelse i Oslo tingrett 11. februar 2005. I denne kjennelsen ble bevisopptaket opphevet. Normarc påkjærte kjennelsen til Borgarting lagmannsrett som stadfestet tingrettens kjennelse.¹¹ Kjennelsen ble påkjært til Høyesteretts kjæremålsutvalg, som besluttet at kjæremålssaken skulle avgjøres av Høyesterett. Høyesterett opphevet både lagmannsretten og tingrettens kjennelse og hjemviste saken til fortsatt behandling i

¹¹ LB-2005-59502 (29. november 2005)

tingretten. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 6.6, pågår denne saken fremdeles, og det ser ikke ut til at uenighetene blir løst med det første. Per dags dato strides partene om hva som skal utleveres av bevis og på hvilken måte.

1.3 Elektroniske bevis

I oppgaven vil det bli påvist at bevissikringsreglene gjelder alle rettsområder i sivile saker og det er ikke oppstilt noen begrensninger i hva det kan sikres bevis i. Likevel viser rettspraksis at det er en type bevis som er særlig aktuell, nemlig elektroniske bevis.

Grunnene til dette er flere. For det første gjør de teknologiske framskrittene at mer og mer informasjon lagres elektronisk. Dette er mer effektivt og plassbesparende. For det andre er slik type informasjon lett tilgjengelig både for manipulasjon og sletting. Derfor vil det i større grad være grunn til å ønske bevissikringen foretatt uten at motparten varsles på forhånd. I fire av sakene som omtales i oppgaven gjelder bevissikringen blant annet elektronisk lagret materiale.¹² I kjennelse avsagt av Asker og Bærum tingrett, heretter kalt ”Tom & Jerry-saken”, bemerker retten at det er vanskelig å finne veiledning i lovforarbeidene om de problemer den elektroniske verden reiser i forbindelse med tvml. § 271a.¹³

Oppgaven er ikke begrenset til en fremstilling om elektroniske bevis. Men på bakgrunn av at dette er svært praktisk, vil det der det passer inn i sammenhengen knyttes noen ekstra kommentarer til sikring av elektroniske bevis.

2 Tilgrensende områder.

¹² Normarc, Pehrson & Wessel, Bingo, Tom & Jerry

¹³ Asker og Bærum tingretts kjennelse av 14. januar 2007 side 3

I det følgende vil det kort redegjøres for enkelte tilgrensende områder, hvor det også er gitt adgang til bevissikring utenfor rettssak. Disse områdene er midlertidig sikring, straffeprosessreglene og konkurranserettens regler. En drøftelse av disse emnene utover dette, anses å falle utenfor oppgavens tema.

Midlertidig sikring

Reglene om midlertidig sikring finnes i tvistelovens sjuende del (tidligere i tvangsfullbyrdsloven¹⁴). Midlertidig sikring kan oppnås på to måter. Enten gjennom ”arrest”, som vanligvis består i at rettighetshaveren får en form for sikkerhet i et bestemt formuesgode for et pengekrav, eller gjennom midlertidig ”forføyning”, som vil si at det treffes andre tiltak som skal sikre andre krav som kreditor hevder å ha.¹⁵ Slike tiltak kan være å tåle, foreta eller unnlate en handling, herunder bevissikring av blant annet dokumenter og gjenstander. Formålet med midlertidig sikring er å beskytte rettighetshaveren mot tap eller ulempe inntil vedkommende har oppnådd et tvangsgrunnlag for sitt krav.¹⁶

For at retten skal tillate midlertidig sikring må den som begjærer sikringen sannsynliggjøre at han har et krav mot den annen part og påvise at det foreligger en sikringsgrunn. Både søksmålsadgang og materiell rett må sannsynliggjøres.¹⁷ Saksøktes atferd må gi grunn til å frykte at senere fullbyrdelse blir vanskeliggjort eller umulig.¹⁸

Reglene om bevissikring etter tvl. § 28-3 fjerde ledd er på mange måter svært like reglene om midlertidig sikring. Begge ordninger skjer i forkant av en rettssak og begge dreier seg om adgangen til å sikre et krav, enten i form av bevis for kravet eller at kravet i seg selv sikres inntil det foreligger en rettsavgjørelse. Etter den tidligere tvml. kapittel 20 var det

¹⁴ Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring av 26. juni 1992 nr. 86

¹⁵ Hov bind III (2007) side 400

¹⁶ Schei m. fl. bind II (2007) side 1427

¹⁷ Hov bind III (2007) side 408

¹⁸ Hov bind III (2007) side 407

også adgang til å sikre bevis utenfor rettssak. Derimot kunne sikringen ikke foretas uten at motparten ble varslet fordi man fryktet at den som satt med beviset kunne komme til å ødelegge det dersom begjæringen ble gjort kjent, jf. Rt. 2000 side 1261 (Storbyguiden). På bakgrunn av dette benyttet man seg i stedet av reglene om midlertidig forføyning, jf. reglene i tvangsfullbyrdelsesloven. Etter disse reglene kan retten treffe en kjennelse uten muntlig forhandling dersom det er *fare ved opphold*, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 15-7 andre ledd.¹⁹ Dette er en fravikelse av det kontradiktoriske prinsipp, men må ses i sammenheng med adgangen til etterfølgende muntlig forhandling. Etter avgjørelsen gjengitt i Rt. 2000 side 1261 (Storbyguiden) fant lovgiver at norske regler om bevisopptak utenfor rettssak ikke er i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser etter TRIPS-avtalen (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights).²⁰ Derfor startet Tvistemålsutvalget arbeidet med den nye bestemmelsen.²¹ Som jeg vil vise gjennom oppgaven er reglene om midlertidig sikring på mange områder brukt som mal for reglene i tvml. § 271a. Derfor kan det i flere sammenhenger være nyttig og også se på forarbeidene til reglene om midlertidig sikring i forbindelse med drøftelsen av tvml. §271a (tvml. § 28-3 fjerde til sjette ledd).

Regelsettene fungerer nå side ved side, men når det gjelder adgangen til å sikre bevis må det kunne sies at reglene om midlertidig forføyning har mistet sin aktualitet. Begge regelsettene kan i og for seg benyttes, men som man vil se av denne gjennomgangen er det enklere å få adgang til bevissikring etter tvml. § 28-3 fjerde ledd, da vilkårene er mindre strenge. I forbindelse med midlertidig sikring er det ikke tilstrekkelig med en generell frykt, det må også foreligge en sikringsgrunn.²²

Straffeprosessen

¹⁹ I dag tvisteloven § 32-7 (2)

²⁰ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 2

²¹ NOU 2001:32

²² Falkanger (1993) side 141

Oppgaven omfatter sikring av bevis i sivile saker og reglene i straffeprosessen faller følgelig utenfor.²³

I straffeprosessloven (heretter kalt strprl.) finnes det blant annet regler om ransaking (kap.15), beslag og utleveringspålegg (kap.16), som alle naturlig nok gjennomføres uten at motparten varsles på forhånd. I straffeprosessen finnes også et grunnleggende krav til kontradiksjon. Antakelig anses kravet for å være så grunnleggende at man ikke har funnet grunn til å lovfeste det.²⁴ Unntaket fra prinsippet om kontradiksjon begrunnes i hvor viktig det er å foreta ransaking og beslag før bevis blir unndratt eller endret. Rettssikkerheten opprettholdes ved en etterfølgende adgang til å kreve rettslig behandling av avgjørelsen om tvangsinngrepet. I strprl. § 170a finner vi et prinsipp om at inngrepet ikke skal være uforholdsmessig. Prinsippet tilsvarer sivilprosessens proporsjonalitetsprinsipp og er således en skranke for hvilke inngrep som kan foretas.

Konkurranselovens regler

I konkurranseloven (heretter kalt krll.) § 25 hjemles en adgang for Konkurransetilsynet til å sikre bevis.²⁵ Den begjæringen retter seg mot skal ikke varsles om begjæringen og beslutningen. Det gis dermed ikke adgang til kontradiksjon før beslutning om bevissikring treffes. Bevissikringsregelen i krll. § 25 er begrunnet i behovet for å sikre bevis for at straffbare handlinger er begått.²⁶ Denne oppgaven dreier seg derimot om adgangen til å sikre bevis i forbindelse med sivile saker.

Vilkåret for bevissikring etter krll. § 25 er at det er *rimelig grunn til å anta* at konkurranseloven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt. *Rimelig grunn* krever ikke sannsynlighetsovervekt.²⁷ Det kreves ikke at det foreligger en konkret mistanke om en

²³ Jf. Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25

²⁴ Hov bind I (2007) side 60

²⁵ Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll av foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 nr. 12

²⁶ NOU 2003:12 side 192

²⁷ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 62

straffbar handling, men kun at loven eller vedtak i medhold av loven objektivt sett er overtrådt.²⁸

Konkurransetilsynet kan ikke utøve makt ved bevissikring, men kan kreve bistand av politiet dersom det er behov for det.²⁹ I Normarc-saken, som gjaldt bevisopptak etter tvml. § 271a, uttaler tingretten at det av ulike grunner ikke er særlige hensiktsmessig å sammenligne rettskilder vedrørende bevissikring etter konkurranselovens regler og bevisopptak etter tvistemålsloven regler.³⁰ Retten uttaler at:

”For det første følger det av ordlyden til både den gamle og nye bestemmelsen at bevissikring etter konkurranseloven dekker det å ”søke etter bevis”. Gjennom kravet til individualisering synes derimot tvistemålslovens bevisregler å forutsette at bevisene som utgangspunkt allerede må være funnet. For det andre må konkurranselovens bestemmelse om bevissikring ses i sammenheng med at Konkurransetilsynet er satt til å føre tilsyn med at lovens formål om å fremme konkurranse, nås.”

Ved bevissikring i sivile saker er målet å sikre bevis i motsetning til målet etter konkurranseloven, som er å søke etter bevis for å fremme konkurransen mellom foretak.

3 Bakgrunnen for innføringen av tvml. § 271a

3.1 TRIPS-avtalen

Bakgrunnen for innføringen av tvml. § 271a er den såkalte *TRIPS-avtalen* (Agreement on Aspects of Trade-Related Intellectual Property Rights eller på norsk Avtalen om

²⁸ NOU 2003:12 side 192

²⁹ Olav Kolstad. Kommentar til konkurranseloven I: Norsk lovkommentar (online) note 222 [sitert 19.mars 2008]

³⁰ Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2005 side 17

handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter).³¹ Avtalen er en del av WTO-avtalen³² som Norge ratifiserte 7. desember 1994 og som trådte i kraft den 1. januar 1995.³³ TRIPS-avtalen ble undertegnet av Norge 14. februar 1995.³⁴

En av grunnene til at TRIPS-avtalen ble opprettet var det stadig økende problemet med krenkelser av immaterialrettigheter. Krenkelsene består for eksempel av import og handel med forfalskede varer, og kopiering og bruk uten rettigheter. Noen rettigheter er mer utsatt for krenkelser enn andre. For eksempel er elektroniske lagrede elementer gjerne lettere å misbruke og det er også lettere å skjule sporene fra den krenkende handling. For å enklere kunne bekjempe disse problemene ble TRIPS-avtalen utarbeidet. Formålet med TRIPS-avtalen er å oppstille et minimumskrav til WTO-landenes beskyttelse av immaterielle rettigheter.³⁵ Minimumskravene innebærer at medlemslandene må ha regler som på en rask og effektiv måte beskytter de immaterielle rettighetene. Avtalen inneholder blant annet generelle regler og håndhevingsregler, og den inneholder til sammen 73 artikler. Avtalens artikkel 1 er en generell bestemmelse om forpliktelsesens art og omfang. Det fremgår at:

[m]edlemmene skal sørge for at bestemmelsene i denne Avtale får anvendelse. (...) Det skal stå medlemmene fritt å fastsette en passende metode for gjennomføring av bestemmelsene i denne Avtale innenfor rammen av sin egen rettsorden og rettspraksis.³⁶

Den første setningen i artikkel 1 er et utslag av det grunnleggende prinsippet ”pacta sunt servanda”.³⁷ Dette betyr at land som undertegner TRIPS-avtalen plikter å oppfylle avtalens bestemmelser på en tilfredsstillende måte. Det er opp til medlemslandene selv hvordan de vil gjennomføre bestemmelsene i nasjonal lovgiving.

³¹ http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm

³² Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (World Trade Organization)

³³ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 1

³⁴ Kongsberg byretts dom av 9. februar 1999

³⁵ Innst. O nr. 66 (2003-2004) punkt 1.4

³⁶ Oversettelse i St.prp.nr.65 (1993-1994) side 414 (vedlegg 1– hvor TRIPS-avtalen er oversatt i sin helhet)

³⁷ Correa (2007) side 22

Avtalens del III inneholder regler om håndheving av materielle rettigheter. Avsnitt 1 inneholder bestemmelser om alminnelige forpliktelser og i artikkel 41 står det at:

Medlemmene skal sørge for at håndhevingsprosedyrene i denne del er nedfelt i deres lovgiving, slik at det kan treffes effektive tiltak mot enhver krenkelse av rettigheter som omfattes av denne Avtale (...) ³⁸

Av denne bestemmelsen fremgår det at selv om medlemslandene i henhold til artikkel 1 selv kan bestemme hvordan de vil innføre reglene er det et krav at reglene bidrar til at det kan treffes effektive tiltak mot krenkelsene. I kommentar til TRIPS-avtalen skriver Carlos M. Correa at "(...) available legal actions should be instrumental to the pursued end." ³⁹

I TRIPS-avtalens avsnitt 3 gis det regler om midlertidige tiltak og artikkel 50 gir nærmere regler om midlertidige tiltak for å sikre immaterielle rettigheter, herunder tiltak for å sikre bevis for krenkelser. ⁴⁰ Artikkel 50 lyder i norsk oversettelse som følger: ⁴¹

- 1) Rettsmyndighetene skal kunne pålegge raske og effektive midlertidige tiltak
 - a) for å forhindre krenkelse av en immateriell rettighet, og særlig for å forhindre at varene bringes inn i handelskanaler under deres jurisdiksjon, herunder importerte varer umiddelbart etter tollklarering;
 - b) for å ivareta relevant bevismateriale i forbindelse med den angivelige krenkelsen.
- 2) Rettsmyndighetene skal når det er hensiktsmessig kunne treffe midlertidige tiltak uten at den annen part er hørt, særlig når det er sannsynlig at en forsinkelse kan påføre rettighetshaveren uopprettelig skade eller når det er en påviselig risiko for at bevismaterialet ødelegges.
- 3) Rettsmyndighetene skal kunne kreve at saksøkeren legger fram alt bevis som med rimelighet er tilgjengelig, slik at de med tilstrekkelig sikkerhet kan fastslå at saksøkeren er rettighetshaver og at vedkommendes rettighet blir eller umiddelbart vil bli krenket, samt pålegge saksøkeren å stille en garanti eller tilsvarende sikkerhet som er tilstrekkelig til å beskytte saksøkte og unngå misbruk.
- 4) Når det er truffet midlertidige tiltak uten at den annen part er hørt, skal de berørte parter gis melding

³⁸ Oversettelse i St.prp.nr.65 (1993-1994) side 435

³⁹ Correa (2007) side 410

⁴⁰ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 1

⁴¹ Artikkel 50 er oversatt i Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 1-2. Jeg har valgt å benytte en oversatt versjon av TRIPS-avtalen for å gjøre fremstillingen lettere tilgjengelig.

senest umiddelbart etter at tiltakene er iverksatt. På anmodning fra saksøkte skal det innen rimelig tid etter meldingen foretas en gjennomgang der saksøkte har rett til å legge fram sitt syn, og det skal da besluttes om tiltakene skal endres, oppheves eller stadfestes.

- 5) Den myndighet som skal iverksette de midlertidige tiltakene, kan kreve at saksøkeren legger fram andre opplysninger som er nødvendige for å kunne identifisere de aktuelle varer.
- 6) Med forbehold for nr. 4 skal midlertidige tiltak som treffes med hjemmel i nr. 1 og 2, på anmodning fra saksøkte oppheves eller på annen måte bli uten virkning dersom det ikke innledes en prosedyre som fører til en beslutning om de faktiske forholdene i saken i løpet av et rimelig tidsrom som, når det tillates etter et medlems lovgivning, skal fastsettes ved avgjørelse av den rettsmyndighet som har pålagt iverksettelse av tiltakene eller, dersom en slik avgjørelse ikke foreligger, som ikke overstiger 20 virkedager, eller 31 kalenderdager dersom det innebærer at fristen blir lengre.
- 7) Når de midlertidige tiltakene oppheves eller når de opphører på grunn av en handling eller unnlatelse fra saksøkerens side, eller når det senere fastslås at det ikke forelå en krenkelse eller trussel om krenkelse av en immateriell rettighet, skal rettsmyndighetene på anmodning fra saksøkte kunne pålegge saksøkeren å gi saksøkte passende erstatning for den skade tiltakene har forårsaket.
- 8) I den utstrekning det kan treffes beslutning om et midlertidig tiltak etter administrativ behandling, skal behandlingen være i samsvar med prinsipper som i det vesentlige tilsvarer prinsippene i dette avsnitt.

I artikkel 50 pålegges rettsmyndighetene å gi tillatelse til raske og effektive tiltak for å forhindre krenkelser av immaterielle rettigheter og for å bevare relevant bevismateriale i forbindelse med den angivelige krenkelsen. Igjen påpekes det i avtalen, viktigheten av at tiltakene er effektive. Daniel Gervais skriver i ”The TRIPS agreement – Drafting history and analysis” om artikkel 50 at:⁴²

”Measures mentioned here must be available quickly and be effective (...). Any time-delays or other conditions contained in national law that diminish the effectiveness of provisional measures could come under scrutiny (...).”

Medlemslandene plikter ut i fra dette å ikke ha regler som kan begrense effektiviteten av tiltakene. Unntak gjelder dersom bestemmelsene i avtalen avviker den ordningen som gjelder for den nasjonale rettshåndhevingen generelt, jf. TRIPS-avtalens artikkel 41 nr. 5. Medlemslandene er derfor ikke forpliktet til å etablere særskilte domstoler for å håndtere saker om immaterielle rettigheter og er ikke forpliktet til å bevilge særlige midler til dette formålet.⁴³

⁴² Gervais (2003) side 308

⁴³ Correa (2007) side 417

Av artikkel 50 nr. 2 fremgår det at i de tilfeller det er hensiktsmessig skal rettsmyndighetene kunne treffe midlertidige tiltak *uten at den annen part er hørt*. Dette for eksempel dersom det er påviselig risiko for at motparten har intensjoner om å ødelegge bevismaterialet.⁴⁴ En slik ordning er et unntak fra prinsippet om kontradiksjon og vil bli behandlet i kapittel 4.

3.2 Innføringen av tvml. § 271a

I Rt. 2000 side 1261 (Storbyguiden) kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at reglene i tvistemålsloven *ikke* gir adgang til bevisopptak uten at den annen part er hørt fordi man frykter at den som sitter med beviset kan ødelegge det hvis begjæringen gjøres kjent. Saken gjaldt spørsmålet om begjæring om bevisopptak utenfor rettssak og om et senere kjæremål i den forbindelse kunne tas til behandling uten at det var forkynt for motparten, jf. tvml. § 270 annet ledd og § 399 annet ledd. Bakgrunnen for begjæringen var en mistanke fra selskapene Microsoft Corp. og Adobe Systems Inc., om at Storbyguiden AS hadde installert programvare i strid med bestemmelser i åndsverkloven.⁴⁵ Kjæremålet førte ikke frem.

Myndighetene mente på bakgrunn av denne avgjørelsen at Norge ikke oppfylte sine forpliktelser etter TRIPS-avtalen og Tvistemålsutvalget foreslo derfor en regel som ville oppfylle Norges forpliktelser. Utvalget uttalte: ”Den direkte foranledning til forslaget på dette punkt er hensynet til å kunne oppfylle Norges forpliktelser etter den såkalte TRIPS-avtalen (...)”⁴⁶ Før arbeidet med tvisteloven var fullført ble det i stedet fremmet et lovforslag som tok sikte på å endre den dagjeldende tvistemålslovens kapittel 20.

⁴⁴ Ot.prp.nr 33 (2003-2004) side 1

⁴⁵ Lov om opphavsrett til åndsverk m.m. av 12. mai 1961 nr. 2

⁴⁶ NOU 2001:32 B side 989

Ved lov av 25. juni 2004 nr. 49 ble § 271a innført som ny bestemmelse i den dagjeldende tvistemålsloven i kapittel 20. I forbindelse med innføringen av den nye tvisteloven ble bestemmelsen videreført.

Det foreligger ingen realitetsendringer i tvl. § 28-3 fjerde til sjette ledd i forhold til tvml. § 271a. I tvl. § 28-3 fjerde til sjette ledd er begrepet ”bevisopptak”, fra tvml. § 271a, byttet ut med begrepet ”bevissikring”. Begrepet ”bevisopptak” benyttes både i lovteksten og i omtale av tvml. § 271a. Det påpekes i Tom & Jerry-saken at dette lett kan lede tankene i den retning at retten selv skal foreta bevisopptaket⁴⁷ og at dette skal skje ved nedtegning av en forklaring.⁴⁸

Partene i Tom & Jerry-saken var Turner Entertainment Co mot Funbox AS. Turner Entertainment Co har opphavsrettighetene til Tom & Jerry filmene og ønsket adgang til å sikre bevis for at Funbox AS hadde krenket opphavsrettighetene til Turner Entertainment Co, ved å ha solgt piratkopier av Tom & Jerry filmer distribuert på DVD eller videokassetter.

I den nye tvisteloven benyttes begrepet bevissikring, som etter rettens mening i Tom & Jerry-saken, er langt mer treffende. I tvl. § 28-1 forklares det hva som menes med bevissikring ved å angi hvilke tiltak som kan gjennomføres, nemlig rettslig avhør av parter og vitner, og tilgang til og undersøkelse av realbevis.⁴⁹

Videre er henvisningen fra tvml. § 271a til tvangsfullbyrdelsesloven § 15-10 endret til tvl. § 32-8. Bakgrunnen for dette er at reglene om midlertidig sikring er flyttet fra loven om tvangsfullbyrdelse til den nye tvisteloven. Den nye tvl. § 32-8 omhandler adgangen til etterfølgende muntlig forhandling og innebærer ingen endring i forhold til tvangsfullbyrdelsesloven § 15-10. Endelig er det enkelte ord og uttrykk som er endret i tvl.

⁴⁷ Om hvem som foretar bevisopptaket/sikringen kapittel 6.2

⁴⁸ Kjennelse fra Asker og Bærum tingrett 14. januar 2007 side 3

⁴⁹ Schei m.fl. bind II (2007) side 1247

§ 28-3 fjerde til sjette ledd, men dette er bare språklige endringer og uten betydning for bestemmelsens innhold.

Da det ikke foreligger noen realitetsendringer er også avgjørelser vedrørende den tidligere tvml. § 271a relevante i drøftelsen av § 28-3 fjerde til sjette ledd. Derfor vil det også bli vist til rettspraksis som gjaldt den tidligere tvml. § 271a.

3.3 Utenlandsk rett

For å gjennomføre sine forpliktelser etter TRIPS-avtalen innførte Sverige tilføyelser i de immaterialrettslige lovene i 1999.⁵⁰ Finland vedtok en egen lov om bevissikring i 2000.⁵¹

Danmark fikk 1. april 2001 i retsplejeloven⁵² et nytt kapittel 57a om bevissikring ved krenkelser av immaterielle rettigheter på grunnlag av ”Betænking om Bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v.” nr. 1385 (2000). Bakgrunnen var delvis ønsket om regler for sikring av bevis for krenkelser av immaterialrettigheter, og delvis å avskjære enhver tvil om hvorvidt Danmark oppfylte kravene i TRIPS-avtalen.⁵³ Dansk prosessrett inneholdt ikke tidligere regler om tvangsmessig bevissikring for parter i sivile saker.⁵⁴ I artikkelen til Fogde og Madsen, ”Bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder mv.” begrunnes den nye regelen for det første med at et edisjonspålegg (fremleggelsesplikt) overfor partene ikke kan gjennomtvinges, for det andre er det i straffeprosessen kun i de særlig grove tilfeller at en undersøkelse kan tvinges gjennom, og for det tredje vil de danske reglene om ”fogedforbud” kun rette seg mot fremtidige krenkelser.⁵⁵ På bakgrunn av dette fant danske myndigheter at behovet for en ny regel var klart til stede.

⁵⁰ F.eks. Upphovsrättslagen 1960:729

⁵¹ Lag om säkerställande av bevisning i tvistemål som gäller immateriella rättigheter 7.4.2000/344

⁵² Jf. Lov om rettens pleje, jf. lov om bekendtgørelse nr.1261 af 23. oktober 2007

⁵³ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 3

⁵⁴ Fogde og Madsen (2001) side 329

⁵⁵ Fogde og Madsen (2001) side 330

3.4 Utformingen av regelen

3.4.1 Innledning

Ved innføringen av tvml. § 271a ble i det i forarbeidene gjort vurderinger om hvorvidt det skulle innføres detaljerte regler i samsvar med TRIPS-avtalens artikkel 50 eller om man skulle velge Tvistemålsutvalgets forslag, som hadde en enklere utforming.⁵⁶

Justisdepartementet utarbeidet et høringsnotat med et forslag i samsvar med TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 4 til 7, som ble sendt til adressater som blant annet Høyesterett, lagmannsrettene, ulike tingretter og departementer.⁵⁷ Justisdepartementet valgte etter høringsuttalelsene et utkast basert på Tvistemålsutvalgets forslag. Som begrunnelse for å fravike ordlyden i artikkel 50 til fordel for en enklere bestemmelse uttalte departementet at den norske bestemmelsen regulerer bevisopptaksadgangen, mens TRIPS-avtalens formål er å oppstille minimumskrav til statenes beskyttelse av immaterielle rettigheter.

Justiskomiteen fulgte opp med at det er ”rom for å fravike ordlyden i den detaljerte reguleringen av prosessuelle spørsmål i TRIPS-avtalen til fordel for rettighetshaverne når reguleringen da vil passe bedre inn i norsk lovgivning og rettstradisjon for øvrig”.⁵⁸

I det følgende vil det bli gjort rede for noen av de vurderingene som ble foretatt.

Forarbeidene gjelder tvml. § 271a, men som nevnt (side 14-15), vil de samme momentene gjøre seg gjeldende ved vurderingen av vilkårene etter tvl. § 28-3, da det ikke foreligger noen realitetsendringer.

3.4.2 Erstatning

Det ble i forarbeidene til tvml. § 271a foreslått regler om erstatning, som i TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 7.⁵⁹ Artikkel 50 nr. 7 gir adgang til å kreve erstatning for oppståtte skader i

⁵⁶ NOU 2001:32 B side 989

⁵⁷ Høringsnotat – endring av tvistemålslovens regler om bevisopptak utenfor rettssak m.m. Justis- og politidepartementet, januar 2002

⁵⁸ Innst.O.nr.66 (2003-2004) punkt 1.4

⁵⁹ Se side 11-12

tre tilfeller. Enten når tiltakene oppheves, eller når de opphører på grunn av handling eller unnlattelse fra saksøkers side, eller når det senere fastslås at det ikke forelå en krenkelse eller en trussel om krenkelse. Tvistemålsutvalget hadde ingen forslag til bestemmelse om erstatning. Det kan tenkes at grunnen til dette er fordi retten til en eventuell erstatning også følger av alminnelige erstatningsregler. Departementet uttalte imidlertid at saksøkte bør ha et visst vern utover det som følger av alminnelige erstatningsregler.⁶⁰ Det ble derfor foreslått en erstatningsregel, dog med noe annet innhold enn TRIPS-avtalens bestemmelse. I forarbeidene uttaler departementet at det i mange situasjoner vil gi liten mening for partene å forfølge spørsmålet om det var adgang til å foreta bevisopptaket etter at det er holdt.⁶¹ I forslaget til tvml. § 271a er det derfor ikke et vilkår at bevisopptaket er opphevet eller falt bort. Departementet uttaler at: ”siden formålet med et bevisopptak skal være å sikre bevis for en kjensgjerning av rettslig betydning, det vil si en kjensgjerning som er av betydning for vurderingen av om et krav eller rettighet består, er det objektive erstatningsansvaret knyttet til om bevisopptaket ville kunne tjene til å sikre et krav eller en rettighet”.⁶²

Saksøkte kan altså kreve erstatning på objektivt grunnlag dersom saksøker ikke har krav eller en rettighet som bevissikringen kunne tjene til å sikre. I tillegg gir den norske bestemmelsen grunnlag for erstatning dersom det forsettelig eller uaktsomt ble gitt uriktige opplysninger om grunnlaget for bevisopptaket.

På bakgrunn av dette ble en regel om erstatning lovfestet i tvml. § 271a andre ledd, og den er videreført i tvl. § 28-3 femte ledd.⁶³

⁶⁰ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 7

⁶¹ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 8

⁶² Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 8

⁶³ Mer om erstatning på side 36 flg.

3.4.3 Partene og offentlighetens innsynsrett

Hovedregelen etter den tidligere tvml. § 135 første ledd er at partene og tredjemenn med rettslig interesse har rett til innsyn i alle sakens dokumenter. Unntak gjelder rettens interne dokumenter, jf. tvml. § 135 tredje ledd. Allmennheten har som hovedregel rett til innsyn i rettsavgjørelser, jf. den tidligere tvml. § 135 annet ledd. Et unntak fra prinsippet om offentlighet ble lovfestet i tvml. § 271a første ledd, andre punktum (i dag tvl. § 28-3 fjerde ledd, andre punktum): ”Verken motparten eller allmennheten skal gjøres kjent med saken inntil bevisopptaket er holdt eller mer enn seks måneder har gått siden saken ble avsluttet.”

Reglene om innsynsrett er videreført i tvl. §§ 14-1 og 14-2. Tvistelovens § 14-1 viderefører i det vesentlige tvml. § 135 første, tredje og fjerde ledd.⁶⁴ Tvisteloven § 14-2 avløser deler av tvml. § 135 annet og tredje ledd og utvider allmennhetens rett til innsyn vesentlig i forhold til tidligere rett.⁶⁵

I saker hvor motparten ikke skal varsles om bevisopptaket er det naturlig nok viktig at både partenes og offentlighetens innsyn begrenses. Det uttales av Business Software Alliance i høringsrunden at: ”[d]et vil være svært uheldig om motparten (...) fikk kunnskap via pressen om at det skulle foretas bevissikring”.⁶⁶ Det er i forarbeidene gjort rede for vurderingene vedrørende offentlighetens og motpartens innsynsrett, og departementet mente at både offentligheten og motparten bør nektes kjennskap til saken inntil bevisopptak er holdt.⁶⁷ Selv om hovedregelen er offentlighet og innsynsrett, vil det skape praktiske problemer dersom det ikke forelå unntak i disse situasjonene. Poenget med at motparten ikke skal varsles vil være uten betydning dersom saksøker har innsynsrett. Når bevisopptaket er holdt skal derimot motparten varsles, jf. tvml. § 154 (i dag tvl. § 19-5) og avgjørelsen kan også gjøres tilgjengelig for andre.⁶⁸ I TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 4 står det at: ”[n]år det er truffet midlertidige tiltak uten at den annen part er hørt, skal de berørte

⁶⁴ Schei m.fl. bind I (2007) side 622

⁶⁵ Schei m.fl. bind I (2007) side 626

⁶⁶ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 6

⁶⁷ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 7

⁶⁸ Schei m. fl. bind II (2007) side 1255

parter gis melding senest umiddelbart etter at tiltakene er iverksatt”. Departementet påpekte også at i de tilfeller der bevisopptak *nektes* bør det settes en lengstefrist på den alminnelige adgangen til å gjøre seg kjent med saksdokumenter og rettsavgjørelser. Det gis ingen begrunnelse for dette i forarbeidene, men det synes klart at selv om bevisopptak nektes, kan saksøker fremdeles tenkes å ha et krav. Dersom motparten eller offentligheten gis informasjon om saken kan dette igjen føre til at bevis blir forsøkt unndratt eller endret. Etter en vurdering kom departementet frem til at seks måneder er en passende lengstefrist.⁶⁹

3.4.4 Preklusjon

Departementet foreslo i høringsnotatet⁷⁰ en regel om bortfall av retten til å bruke bevisopptaket i samsvar med TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 6.⁷¹ Dersom det ikke innledes en prosedyre som fører til en beslutning om de faktiske forholdene innen rimelig tid, skal tiltakene på oppfordring fra saksøkte oppheves eller på annen måte bli uten virkning. Etter vurderingene og høringsuttalelsene fant departementet det riktig å unnlate å gi en slik regel om preklusjon. De uttaler: ”at i norsk rettstradisjon er hensynet til sakens opplysning den grunnleggende rettesnor for utformingen av de prosessuelle reglene om bevis. Regler om bortfall av adgangen til å påberope bevis i en senere sak på grunn av oversittelse av frister vil virke fremmedartet”.⁷²

Twistemålsloven § 271a var dermed ikke (og er ikke etter dagens regler) til hinder for at beviset kan benyttes i en sak på et senere stadium.

⁶⁹ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 7

⁷⁰ Høringsnotat – endring av tvistemålslovens regler om bevisopptak utenfor rettssak m.m., januar 2002

⁷¹ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 5

⁷² Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 6

3.5 Virkeområdet

Norge er det eneste av de nordiske landene som har valgt løsningen med en generell bevissikringsregel. De andre landene har valgt å begrense bevissikringsadgangen til immaterielle rettigheter.

TRIPS-avtalen gjelder bare på immaterialrettens område og Norge ville oppfylt sine forpliktelser ved å vedta en bestemmelse med anvendelsesområde begrenset til dette. I høringsnotatet av 16. november 2002 ble høringsinstansene bedt om å vurdere forslaget i notatet, som var knyttet til krenkelse av immaterielle rettigheter i forhold til Tvistemålsutvalgets forslag, som ikke var begrenset til spesielle sakstyper.⁷³ I vurderingene ble det blant annet påpekt av Utenriksdepartementet at hensynet til kontradiksjon taler for at Norge ikke bør lovfeste en rett som går utover de internasjonale forpliktelser og Næringslivets Hovedorganisasjon påpeker at det av Tvistemålsutvalget ikke var gitt noen begrunnelse for å gi en generell regel.⁷⁴ Mot dette ble det fra departementet anført at faren for bevisforspillelse eller bevismanipulasjon vil antakelig være like stor også på andre rettsområder og at det ofte vil være tilfeldig om man står overfor en krenkelse av immaterialrettigheter eller en krenkelse av andre rettigheter.⁷⁵ Departementet var derfor enig med blant annet Regjeringsadvokaten og Borgarting lagmannsrett at det bør være en generell adgang til å sikre bevis uten at motparten varsles.⁷⁶ De uttalte at: ”En prosessuell særregel til vern av immaterielle rettigheter vil fremstå som en dårlig begrunnet særbeskyttelse av en spesiell kategori rettigheter”⁷⁷ På den annen side er departementet likevel enig i at hensynet til kontradiksjonsprinsippet til en viss grad taler imot en slik adgang. Men de fremhever at på dette tidspunktet i saken vil det være større grunn til å fremme opplysning av saken, for å sikre et materielt riktig resultat.

⁷³ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 3

⁷⁴ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 4

⁷⁵ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 5

⁷⁶ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 4

⁷⁷ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 5

Antakelig er det i forbindelse med krenkelser av immaterielle rettigheter at bestemmelsen i tvml. § 271a (tvml. § 28-3 fjerde ledd) er mest praktisk. Et eksempel finner vi i Normarc-saken, jf. Rt. 2006 side 626. Motparten ble blant annet beskyldt for å ha stjålet et selskaps kildekoder. Andre eksempler er Tom & Jerry-saken,⁷⁸ hvor saksøkte ble beskyldt for å selge piratkopier av Tom & Jerry-filmer eller Bingo-saken,⁷⁹ hvor saksøkte angivelig skulle ha kopiert programvare til bingoautomater. I Skifte-saken derimot ble det begjært sikring av dokumenter som inneholdt informasjon om økonomiske disposisjoner. Bakgrunnen for dette var at saksøker mente å ha økonomiske krav mot saksøkte.⁸⁰

Skifte-saken dreide seg om skifte av et dødsbo. Saksøker mente at det fantes dokumenter som ville vise at verdifastsettelsen av diverse fordringer i forbindelse med delvis skifte var feil og at dokumentene ville vise manglende utbetalinger av pensjon og renter. På grunnlag av dette mente saksøker at det fantes grunnlag for at betydelige verdier skulle tilføres boet. Retten ga her adgang til bevissikring, jf. tvml. § 28-3 fjerde ledd.

Etter min oppfatning er den norske regelen en god løsning. Som Skifte-saken er et eksempel på kan bevissikring uten at motparten varsles være nødvendig også i saker som ikke omhandler immaterielle rettigheter. Med en generell regel slipper man også problemer med avgrensningen av immaterielle rettigheter.

4 Kontradiksjon

4.1 Kontradiksjonsprinsippet

I dette kapittelet vil jeg ta for meg forholdet mellom kontradiksjonsprinsippet og adgangen til bevissikring uten at motparten varsles. Det vil bli gjort generelt rede for prinsippet og for lovgivers begrunnelse for fravikelsen av kontradiksjonsprinsippet.

⁷⁸ Asker og Bærum tingretts kjennelse av 14. januar 2007

⁷⁹ Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2008

⁸⁰ Kjennelse avsagt av Moss tingrett 8. november 2007

Kontradiksjon er et grunnleggende prinsipp og en viktig del av saksbehandlingen. I Rt. 1990 side 8 (Borettslagsleiligheten) på side 12 uttaler Høyesterett at kontradiksjonsprinsippet er en ”grunnsetning i vår rettergangsordning”. Det samme legges til grunn i Rt. 2005 side 1590 (Lisa) premiss 26 hvor retten tilføyer at prinsippet er ”en bærebjelke i vår prosessordning”. Prinsippet finnes også i både svensk og dansk rett. Bengt Lindell skriver dette i ”Notorietet og kontradiktion:⁸¹ ”Den kontradikstoriska principen framstår [sic] (...) som den i dag mest centrala principen.”

Kontradiksjonsprinsippet er for det første et krav til at partene må gis anledning til å gjøre rede for sitt syn på saken og få muligheten til å uttale seg om de faktiske forhold og de bevis som blir ført.⁸² For det andre innebærer prinsippet at retten må basere sin avgjørelse på det faktum som partene har hatt adgang til å uttale seg om.⁸³ Ved at partene får anledning til å fremme sine anførsler, samt imøtegå motpartens, blir saken opplyst, og dermed øker sannsynligheten for materielt riktige resultater.

Før den nye tvisteloven inneholdt tvistemålsloven ingen generell regel om kontradiksjon, men flere bestemmelser var utslag av et slikt prinsipp. Et eksempel var regelen om at en part har rett til å svare på nye faktiske anførsler fra motparten jf. tvml. § 111 annet ledd.⁸⁴ I den nye tvisteloven er det i § 1-1 oppstilt en formålsbestemmelse, hvor det blant annet fremgår at: ”For å oppnå formålet etter første ledd, skal partene få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon”. Dette er et generelt uttrykk for kontradiksjonsprinsippet. Formålsbestemmelsen skal bidra til å skape bevissthet om de helt sentrale hensyn ved anvendelsen av tvisteloven.⁸⁵ Det skal legges vekt på formålsbestemmelser ved vurderingen av rettslige problemstillinger og i denne sammenheng skal det i

⁸¹ Lindell (2007) side 181

⁸² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 167

⁸³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 403

⁸⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 167

⁸⁵ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 363

tvilstilfeller legges vekt på om partene har fått anledning til å imøtegå motpartens argumentasjon.⁸⁶

I tvl. § 11-1 tredje ledd hjemles en kodifisering av en del av kontradiksjonsprinsippet. En slik kodifisering fantes ikke i den tidligere tvistemålsloven.⁸⁷ ”Retten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.” Av dette utledes en regel om hvilke deler av prosessstoffet retten kan bygge sin avgjørelse på.⁸⁸ Det fremgår av forarbeidene til tvisteloven at tvl. § 11-1 tredje ledd ”(...) gir en helt fundamental regel om rett til kontradiksjon”.⁸⁹

Prinsippet kommer til uttrykk gjennom flere andre bestemmelser i tvisteloven. Eksempelvis i retten til å være tilstede under saken, reglene om saksforberedelse og reglene om prosessuell preklusjon.⁹⁰ Disse reglene tar sikte på å sikre og effektivisere retten til kontradiksjon.⁹¹ Kontradiksjonsprinsippet gjelder på alle trinn av saksbehandlingen, og dermed også før rettssak er reist.⁹²

På bakgrunn av rettspraksis og juridisk litteratur er det klart at det finnes et grunnleggende prinsipp om kontradiksjon i norsk rett. Spørsmålet er derimot om retten til kontradiksjon kan sies å være en generell rettsregel? Det fremgår av forarbeidene til den nye tvisteloven at gjennom § 11-1 tredje ledd er grunnleggende trekk ved kontradiksjonsprinsippet kommet til uttrykk i en generell bestemmelse.⁹³ Hov skriver i *Rettergang I* at i sivile saker er kontradiksjonsprinsippet nå fastslått i § 11-1 tredje ledd.⁹⁴ Etter ordlyden er det kun en del

⁸⁶ Schei m.fl. bind I (2007) side 21

⁸⁷ Schei m.fl. bind I (2007) side 489

⁸⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2004) side 403

⁸⁹ NOU 2001:32 B side 702

⁹⁰ Hov bind I (2007) side 116

⁹¹ Hov bind I (2007) side 116

⁹² Hov bind I (2007) side 60

⁹³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 168

⁹⁴ Hov bind I (2007) side 116

av prinsippet som er lovfestet i tvl. § 11-1 tredje ledd og dette støttes også av uttalelser i forarbeidene.⁹⁵ På bakgrunn av dette kan det antas at deler av prinsippet nå er en rettsregel, mens retten til kontradiksjon som sådan er et prinsipp. Forskjellen på et prinsipp og en rettsregel er at ut fra et prinsipp kan det ikke utledes hvordan et rettsspørsmål skal løses, men prinsippet kan tillegges vekt ved tolkningen av bestemmelser i lovgivningen.⁹⁶ Dersom en *regel* først kommer til anvendelse på et bestemt tilfelle, må regelen enten gis gjennomslag eller brytes.⁹⁷ Et prinsipp brytes ikke om det ikke får gjennomslag.⁹⁸ Selv om et prinsipp er grunnleggende, kan det tenkes å måtte vike for andre prinsipper eller hensyn.⁹⁹ Både brudd på saksbehandlingsregler og fravikelse av kontradiksjonsprinsippet kan føre til saksbehandlingsfeil og jeg finner det derfor ikke nødvendig å foreta ytterligere vurderinger om hvorvidt retten til kontradiksjon er en regel eller et prinsipp.¹⁰⁰

I Rt. 2005 side 1590 (Lisa) var spørsmålet blant annet om det var begått saksbehandlingsfeil som følge av fravikelse av kontradiksjonsprinsippet. Retten uttaler i premiss 25:

”Jeg vil understreke at spørsmålene om retten har gått ut over partenes påstander, anførsler og bevisfakta – som ikke ble tillatt fremmet – henger nært sammen med spørsmålet om partene har fått anledning til å uttale seg om faktum som retten har lagt avgjørende vekt på. Alle spørsmålene fanges opp av det kontradiktoriske prinsipp”.

I Rt. 1990 side 8 kom Høyesterett til at retten som hovedregel ikke kan bygge sin avgjørelse på et grunnlag som partene ikke har hatt anledning til å uttale seg om

⁹⁵ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 168

⁹⁶ Skoghøy (2001) side 424

⁹⁷ Graver (2006) side 195

⁹⁸ Graver (2006) side 195

⁹⁹ Graver (2006) side 195

¹⁰⁰ Hov bind I (2007) side 116. Videre i oppgaven vil jeg for enkelthets skyld omtale kravet til kontradiksjon som et prinsipp.

(Borettslagsleiligheten).¹⁰¹ Et unntak fra dette er der det eventuelt er klart at slike uttalelser vil være uten betydning. Det følger visse praktiske problemer med en slik regel og det vil være vanskelig å vite hvordan resultatet ville ha blitt uten feilen. I Rt. 2005 side 1590 (Lisa) premiss 34 slår retten derfor fast at det ikke kan stilles for høye krav til sannsynligheten for at feilen har virket inn og at det derimot kanskje bør være en presumsjon for at feilen har hatt betydning.

Viktigheten av den kontradiktoriske retten fremgår av både rettspraksis og juridisk teori. Schei m. fl. uttaler i kommentaren til tvisteloven at:¹⁰²

”Så lenge det motparten anfører og de bevis han fører kan ha betydning for saken, må retten til innsyn og kontradiksjon være absolutt. Men det er en faktisk mulighet for innsyn og kontradiksjon parten har rett til.”

Bengt Lindell skriver dette i ”Notorietet og kontradiktion”:¹⁰³

”kontradiktion är en nödvändig beståndsdel i en förhandling, utan kontradiktion kan parter inte förhandla med varandra. Saknas kontradiktion är det därmed frågan om diktat eller ordergivning, varvid det grundläggande kännetecknet för en domstolsförhandling och en demokratisk rättsstat försvinner.”

Kontradiksjonsprinsippet er en av grunnsteinene i vår prosessordning og derfor kreves gode grunner for å kunne fravike prinsippet.

Lovgiver har funnet det forsvarlig å fravike prinsippet i forbindelse med bevissikring uten at motparten varsles, jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd. Dette er problematisk fordi bare en av partene vil på forhånd kunne legge frem sitt syn på saken og retten må basere sin avgjørelse

¹⁰¹ Rt. 1990 side 8 på side 12

¹⁰² Schei m. fl. bind I (2007) side 25

¹⁰³ Lindell (2007) side 181

utelukkende på den ene partens opplysninger. Ved å gi adgang til bevissikring uten at motparten varsles fratas saksøkte en grunnleggende prosessuell rettighet.

I Tvistemålsutvalgets utredning om tvl. § 28-3 fjerde ledd nevnes forholdet til kontradiksjonsprinsippet kort.¹⁰⁴ Det bemerkes at det kun unntaksvis er adgang til å treffe viktige rettslige avgjørelser uten at den annen part er hørt. Utvalget sammenligner tvl. § 28-3 fjerde ledd med reglene om midlertidig sikring, hvor partene er gitt adgang til å kreve etterfølgende muntlig forhandling. På bakgrunn av dette finner utvalget det riktig å på samme måte sikre ”etterfølgende grundig behandling” i disse tilfellene, samt at retten gis mulighet til å beslutte at bevismaterialet skal holdes tilbake inntil avgjørelsen er endelig.¹⁰⁵ Justis- og politidepartementet gjentar i forarbeidene til tvml. § 271a de samme poengene.¹⁰⁶ Dog fremhever departementet at både kontradiksjon og bevissikring fremmer sakens opplysning.¹⁰⁷ Avveiningen her er en vurdering av om det er kontradiksjon eller bevissikring som på best mulig måte ivaretar hensynet til sakens opplysning. Ved innføringen av tvml. § 271a har lovgiver lagt avgjørende vekt på at de tilfellene regelen tar sikte på å fange opp, er der kontradiksjon på et innledende stadium kan føre til at saken blir dårligere opplyst,¹⁰⁸ og at adgangen til bevissikring uten at motparten varsles vil øke sannsynligheten for materielt riktige avgjørelser.¹⁰⁹

Utgangspunktet for regelen om at motparten ikke behøver å varsles før bevissikringen, jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd, finner vi i TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 2:

”Rettsmyndighetene skal når det er hensiktsmessig kunne treffe midlertidige tiltak uten at den annen part er hørt, særlig når det er sannsynlig at en forsinkelse kan påføre rettighetshaveren uopprettelig skade eller når det er en påviselig risiko for at bevismaterialet ødelegges.”

¹⁰⁴ NOU 2001:32 B side 989-990

¹⁰⁵ NOU 2001:32 B side 990

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 3

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 5

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 5

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 5

I den danske retsplejeloven i § 653a stk 2 finner vi en tilsvarende regel:

”Forudgående underretning af rekviritus kan undlades, såfremt underretning må antages at medføre risiko for, at genstande, dokumenter, opplysninger på edb-anlæg eller andet, som er omfattet af anmodningen om undersøgelse, fjernes, tilintetgjøres eller ændres”.

Både de svenske og den finske loven har tilsvarende bestemmelser. Utgangspunktet hos alle er at den annen part skal høres, men at det i særlige tilfeller kan gjøres unntak fra hovedregelen.

Utgangspunktet for å gi en slik regel om bevissikring, er som TRIPS-avtalen slår fast, at det skal kunne igangsettes raske og effektive tiltak for å sikre bevis.¹¹⁰ I Normarc-saken uttaler retten at formålene med bestemmelsene i tvistemålsloven kapittel 20 (i dag tvl. kapittel 28) er ”å sikre bevis for en fremtidig rettssak”.¹¹¹ Hovedhensynet bak bevissikringsreglene er dermed å hindre bevisforspillelse. Det fremgår av forarbeidene til tvml. § 271a at:¹¹²

”[h]ovedhensikten er å legge til rette for bevisopptak uten at motparten varsles på forhånd der det er fare for at formålet med bevisopptaket ellers vil forfeiles, for eksempel fordi det er grunn til å mistenke motparten for å ville ødelegge de aktuelle bevisene før bevisopptaket iverksettes dersom vedkommende varsles på forhånd.”

Kontradiksjonsprinsippet er et generelt prinsipp om forsvarlig rettergang.¹¹³ For at prosessen skal være forsvarlig må partene få fremlegge sitt syn på saken slik at retten kan fatte sin avgjørelse på et korrekt grunnlag. Kontradiksjon er et prinsipp som sikrer partens rettssikkerhet.¹¹⁴

¹¹⁰ Jf. TRIPS-avtalens artikkel 41, se side 11.

¹¹¹ Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004 side 2

¹¹² Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 1

¹¹³ Skoghøy (2001) side 422

¹¹⁴ JD Høringsnotat (2000) punkt 7.3

På den annen side kan retten ved å gi adgang til bevissikring etter tvl. § 28-3 fjerde ledd, sikre at bevis ikke blir unndratt eller manipulert. Dersom bevis blir fremmet i saken får retten også riktig og god oversikt over saken. I sivile saker er nettopp målet med bevisføringen å føre bevis for de faktiske forhold som begrunner den rett en krever dom for,¹¹⁵ og som en hovedregel skal retten bygge på det faktum den finner mest sannsynlig.¹¹⁶ Departementet uttaler i forarbeidene til tvml. § 271a om forholdet til kontradiksjonen at: ”Faren for materielt uriktige realitetsavgjørelser på grunn av bevisforspillelse fra motpartens side må anses som et større rettssikkerhetsproblem”.¹¹⁷

En annen side av prinsippet om kontradiksjon er at saksgangen med kontradiksjon blir rettferdig. Partene skal ha lik mulighet til å fremme sine synspunkter og legge frem sine bevis. Et krav om kontradiktorisk behandling er blitt innfortolket i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 6 om ”fair hearing”.¹¹⁸ I forarbeidene til tvml. § 271a ble det etter utsendelse av Justisdepartementets høringsnotat¹¹⁹ reist spørsmål fra Næringslivets Hovedorganisasjon om bevisopptak uten varsel er i samsvar med EMK art 6.¹²⁰ Departementet besvarer dette med at manglende kontradiksjon ikke alltid fører til at rettergangen *ikke* kan betraktes som rettferdig. Hvor det åpnes for bevisopptak uten varsel, er i de tilfeller der det er grunn til å frykte at kontradiksjon vil føre til en materielt sett mindre rettferdig rettergang.¹²¹ Et eksempel kan være en arbeidstaker som foretar ulovlig kopiering av filer hos sin arbeidsgiver for å benytte til eget bruk. Ved å sikre bevis uten at arbeidstaker høres i saken er muligheten stor for at man finner bevis for den ulovlige kopieringen. Hvis derimot arbeidstakeren blir informert på forhånd, er sjansene store for at

¹¹⁵ Hov bind I (2007) side 266

¹¹⁶ NOU:2001 32 A side 457

¹¹⁷ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 5

¹¹⁸ NOU 2001:32 A side 456

¹¹⁹ Høringsnotat – endring av tvistemålslovens regler om bevisopptak utenfor rettssak m.m. Justis- og politidepartementet, januar 2002

¹²⁰ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 5

¹²¹ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 5

han vil kunne slette sporene etter den ulovlige kopieringen, og arbeidsgiveren vil ikke finne bevis for ugjerningen. Saken blir dermed mer rettferdig uten kontradiksjon.

Prinsippet er ikke bare begrunnet i hensynet til at saken skal være så godt opplyst som mulig. At begge parter skal få anledning til å uttale seg, er også viktig av hensyn til den tillit folk flest bør ha til prosessen.¹²² I og med at prinsippet er helt grunnleggende finnes det antakelig en allmenn oppfatning blant folk flest at partene har rett til å bli hørt i forbindelse med rettslige tvister. Dersom partene fratas retten til kontradiksjon, vil dette kunne skape mistro til rettssystemet. Partene vil også gjennom retten til kontradiksjon være en del av og involvert i prosessen. Gjennomføring av bevissikring uten at motparten varsles, kan få motparten til å føle seg overkjørt og urettferdig behandlet. I forbindelse med disse poengene vil adgangen til etterfølgende muntlige forhandling (se kapittel 4.2) være viktig, og bidra til at motparten føler at hans rett til kontradiksjon likevel er oppfylt.

Et annet moment i forbindelse med adgangen til bevissikring uten at motparten varsles er at dersom bevisene i saken blir sikret vil det være lettere for partene å vurdere sin stilling. Tvistemålsutvalget uttaler at: "[u]ten regler om bevistilgang vil en part kunne bli stilt i en meget vanskelig situasjon i tilfeller hvor det kan være grunnlag for å fremme et krav eller for å godta et krav som rettes mot parten".¹²³ Gjennom effektive bevissikringsregler er det lettere for partene å fastslå omfanget av sine egne krav og dermed størrelsen på eventuelle tap.¹²⁴ I og med at partene får anledning til å vurdere sin stilling, er det også større muligheter for at partene inngår en avtale gjennom forhandlinger.¹²⁵ Ved at det legges til rette for løsninger gjennom forhandlinger før det er reist sak, øker man effektiviteten i prosessen, som er et av formålene til den nye tvisteloven.¹²⁶

¹²² Skoghøy (2001) side 425

¹²³ NOU 2001:32 B side 987

¹²⁴ Fogde og Madsen (2001) side 329

¹²⁵ NOU 2001:32 B side 987-988

¹²⁶ NOU 2001:32 B side 988

Det fremgår av forarbeidene til tvml. § 271a at det ikke bare er den manglende kontradiksjonen som gjør ordningen betenkelig, men også at motparten kan bli påført et betydelig tap eller ulempe i forbindelse med bevissikringen.¹²⁷ Man må foreta en proporsjonalitetsvurdering hvor partenes interesser veies opp mot hverandre. Det skal være et rimelig forhold mellom grundigheten av og omkostningene av bevissikringen, sammenlignet med den betydning tvisten har for partene, jf. tvl. §§ 21-8, 26-5 tredje ledd.¹²⁸ Med tanke på dette og den manglende kontradiksjonen er det derfor fastsatt ulike regler som ivaretar motpartens interesser i de tilfeller hvor det er gitt adgang til bevissikring uten at motparten varsles.

Videre i oppgaven vil det gjøres rede for de mekanismene som er oppstilt for å veie opp for fravikelsen av kontradiksjonsprinsippet. Da disse mekanismene er en del av begrunnelsen gitt av lovgiver, finner jeg det naturlig å gjøre rede for disse emnene i kapittelet om kontradiksjon.

4.2 Etterfølgende muntlig forhandling

Det følger av tvl. § 28-3 fjerde ledd, fjerde og femte setning at: ”§ 32-8 gjelder tilsvarende. Fristen for å begjære muntlig forhandling er to uker fra avholdelsen er meddelt.”

Tvisteloven § 32-8 omhandler midlertidig sikring og adgangen til etterfølgende muntlig forhandling, og gjelder tilsvarende i bevissikringstilfellene:

”(1) Har retten besluttet midlertidig sikring uten muntlig forhandling, kan partene og enhver annen som rammes, kreve etterfølgende muntlig forhandling om sikringen. Det kan også kreves etterfølgende muntlig forhandling om sakskostnader som er ilagt. Dersom etterfølgende muntlig forhandling kan kreves etter denne paragrafen, kan avgjørelsen ikke ankes.

¹²⁷ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 5

¹²⁸ NOU 2001:32 A side 455

(2) Retten kan helt eller delvis stadfeste, endre eller oppheve sin første beslutning og gjøre stadfestelsen eller endringen avhengig av sikkerhetsstillelse. Avgjørelsen treffes ved kjennelse.”

Ved midlertidig sikring, jf. kapittel 2, hvor det under liknende vilkår er adgang til å treffe avgjørelser uten at den annen part er hørt, gis det adgang til etterfølgende muntlig forhandling. Tvistemålsutvalget fant derfor at det her burde gis tilsvarende regler. Avgjørelsen om å foreta bevissikring kan ikke påankes, jf. tvl. § 32-8 første ledd, tredje punktum, men partene kan altså til gjengjeld kreve etterfølgende muntlig forhandling. Det er ikke bare partene som kan kreve muntlig forhandling, men også ”enhver annen som rammes” av bevissikringen.

Dersom det *ikke* gis adgang til bevissikring er spørsmålet om saksøker kan kreve muntlige forhandlinger? Etter reglene om midlertidig forføyning, jf. tvl. § 32-8, er det kun adgang til etterfølgende muntlig forhandling dersom begjæringen er tatt til følge. Basert på at reglene for de to instituttene på dette området er like, bør nok samme løsning legges til grunn ved begjæring om bevissikring.¹²⁹ Derimot må saksøker her kunne påanke avgjørelsen.¹³⁰

Etter tvl. § 28-3 fjerde ledd må muntlig forhandling kreves innen to uker.¹³¹ Hvis det begjæres muntlig forhandling skal tingretten på ny vurdere om vilkårene for bevissikring er tilstede. I de muntlige forhandlingene i Normarc-saken ble det anført fra Normarc at vurderingstema for saken måtte være om vilkårene var oppfylt etter § 267 og ikke etter § 271a.¹³² Retten viser til Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 8 hvor det fremgår at ”bevisopptaket vil være endelig når det etter muntlig forhandling er stadfestet at det var adgang til å holde det”, og at motparten kan begjære etterfølgende muntlig forhandling til ”prøvelse av om lovens vilkår for bevisopptak uten varsel” er oppfylt. Retten skal med

¹²⁹ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 8

¹³⁰ Schei m.fl. bind II (2007) side 1256

¹³¹ I motsetning til etter tvl. § 32-8, hvor det ikke er oppsatt en to-ukers frist

¹³² Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2005 side 14

andre ord prøve spørsmålet om opprettholdelse eller tilbakelevering etter tvml. § 271a, i dag tvl. § 28-3 fjerde ledd.

I den muntlige forhandlingen får motparten anledning til å tilbakevise de påstander saksøker har fremmet i begjæringen. I to av sakene brukt som eksempler i oppgaven har jeg også avgjørelsene etter de muntlige forhandlingene.¹³³ Dette er Normarc-saken og Skifte-saken.¹³⁴ I begge disse sakene ble bevisopptaket opphevet.¹³⁵

Det kan umulig sies, basert på kun disse to avgjørelsene, hva som er sannsynlig utfall av etterfølgende muntlig forhandling. Det som er sikkert, er at retten etter muntlige forhandlinger vil ha et mer fullstendig og korrekt grunnlag for sin avgjørelse.¹³⁶ Ved begjæring om bevissikring er retten overlatt til å basere sin avgjørelse på saksøkers opplysninger. En avgjørelse tatt på grunnlag av ensidige opplysninger øker faren for at beslutningen er uriktig. På bakgrunn av dette er adgangen til etterfølgende muntlig forhandling viktig for å oppfylle kravet til kontradiksjon for å sikre korrekte avgjørelser.

Etterfølgende muntlig forhandling er ikke et rettsmiddel i vanlig forstand, men må anses som en videre behandling i samme sak.¹³⁷ Det kan i denne forbindelse stilles spørsmål om samme dommer skal behandle både begjæringssaken og den muntlige forhandlingen. Fordelen med at samme dommer behandler saken er at han vil ha kjennskap til saksforholdet. Ulempen kan være at dommeren har uttalt seg sterkt til fordel for den begjærende part og i så måte er ”inhabil” i saken.¹³⁸ I Normarc-saken ble det benyttet en annen dommer i den muntlige forhandlingen, mens i Skifte-saken ble samme dommer

¹³³ Muntlig forhandling i Normarc-saken er publisert og muntlig forhandling i Skifte-saken fikk jeg oversendt fra dommerfullmektig i saken.

¹³⁴ Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2005 og Moss tingretts kjennelse av 25. mars 2008

¹³⁵ Det må påpekes at i Normarc-saken ble kjennelsen opphevet på grunn av manglende spesifisering, jf. Rt. 2006 side 626 premiss 7

¹³⁶ Moss tingretts kjennelse av 25. mars 2008 side 10

¹³⁷ Schei m.fl. bind II (2007) side 1477

¹³⁸ Jf. e-post fra dommerfullmektig Jørgen Myhre, Moss tingrett (2008)

benyttet både ved begjæringen og den etterfølgende muntlige forhandlingen. Antakelig kan domstolen velge den løsning som er mest hensiktsmessig og jeg tar ikke ytterligere stilling til dette spørsmålet.

Det fremgår av tvl. § 32-8 andre ledd at retten kan velge å stadfeste, endre eller oppheve beslutningen om bevissikring og retten kan også gjøre stadfestelsen eller endringen avhengig av sikkerhetsstillelse. (Reglene om sikkerhetsstillelse er også en mekanisme for å rettferdiggjøre bevissikring uten at motparten varsles.)

Retten avgjørelse etter muntlige forhandlinger treffes ved kjennelse, jf. tvl. § 19-1 andre ledd, bokstav b.

En kan stille spørsmål om reglene virkelig er et unntak fra kontradiksjonsprinsippet når motparten har adgang til å kreve etterfølgende muntlig forhandling. Beviset kan uansett nektes utlevert før etter eventuelle muntlige forhandlinger, og motparten har en mulighet til å uttale seg før avgjørelsen blir endelig. I og med at retten til kontradiksjon gjelder på alle stadier prosessen, vil dette også gjelde ved begjæring om bevissikring, uavhengig av at motparten får mulighet til kontradiksjon på et senere tidspunkt. Bevissikring uten at motparten varsles er derfor et unntak fra retten til kontradiksjon.

4.3 Tilbakeholdelse av bevis materialet

Regelen om tilbakeholdelse av bevis materialet finner vi i tvl. § 28-3 fjerde ledd, tredje setning: ”Den som har framsatt begjæringen etter fjerde ledd bør ikke gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det kan være viktig for motparten å hindre det.”

Hovedregelen etter ordlyden er at bevis materialet *kan* utleveres umiddelbart etter at sikring er foretatt. Etter ordlyden er det retten som må ta stilling til om det er viktig for motparten at beviset ikke utleveres.¹³⁹ Det kan diskuteres om retten har kompetanse til å foreta en slik

¹³⁹ Jf. denne løsning lagt til grunn i Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 8

vurdering uten å ha hørt motparten. Fordelen med regelen er at der beviset står i fare for å forringes, for eksempel at fersk fisk råtner, kan beviset utleveres rett etter sikring. Derimot er det en ulempe ved en slik ordning at man risikerer utlevering av sensitivt materiale. Eksempelvis der saksøker mener at saksøkte urettmessig har kopiert programvare, sikring av programvaren foretas og materialet utleveres til saksøker. Senere viser det seg at saksøkte ikke hadde stjålet programvaren, men utviklet den selv. Da får altså saksøker tilgang til materiale som avslører forretningshemmeligheter. Retten må her foreta en forholdsmessighetsvurdering hvor saksøkers behov for å få beviset straks, veies opp mot hensynet til saksøkte.¹⁴⁰

I Skifte-saken ble det besluttet at materialet ikke skal utleveres før retten har tatt nærmere stilling spørsmålet om utlevering.¹⁴¹ På denne måten kan retten utsette spørsmålet om utlevering til en eventuell muntlig forhandling. I Tom & Jerry-saken avgjør retten at beviset skal overleveres dersom ikke motparten sannsynliggjør at det er viktig at materialet ikke utleveres.¹⁴² Da blir det opp til motparten å vise at det er viktig at avgjørelsen er endelig før materialet utleveres.

I Normarc-saken og Bingo-saken besluttet retten at materialet ikke skulle utleveres før kjennelsen var endelig.¹⁴³

Bevisopptaket er endelig når det er avgjort etter muntlige forhandlinger at det var adgang til å holde det eller når fristen for å begjære muntlige forhandlinger er utløpt uten at motparten har begjært det.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Jf. samtale med dommerfullmektig Jørgen Myhre, Moss tingrett (2008)

¹⁴¹ Moss tingretts kjennelse av 8. november 2007

¹⁴² Asker og Bærum tingretts kjennelse av 14. januar 2007

¹⁴³ Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004 og Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2008

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 8, jf Asker og Bærum tingretts kjennelse av 14. januar 2007 side 3-4

Motparten er nødt til å begjære muntlig forhandling dersom han vil forhindre at avgjørelsen skal bli endelig. Avgjørelsen etter den muntlige forhandlingen kan påankes og bevissikringen er først endelig ved rettskraftig avgjørelse. Når bevissikringen er endelig skal materialet utleveres til den som begjærte sikringen.

Regelen stiller store krav til rettens skjønn i vurderingen av hva som er hensiktsmessig i den enkelte situasjon og hensynet til partene må veies opp mot hverandre.

4.4 Sikkerhetsstillelse

Av tvl. § 28-3 sjette ledd følger en adgang for retten til å kreve at saksøker stiller sikkerhet:

”Retten kan stille som vilkår for avholdelse av bevissikring etter fjerde ledd at den som har satt fram kravet, dekker eller stiller sikkerhet for de kostnader som påløper. Retten kan også stille som vilkår at det stilles den sikkerhet som retten fastsetter for mulig erstatning til motparten.”

Det finnes ikke regler om sikkerhetsstillelse i TRIPS-avtalens artikkel 50. Derimot finner vi en lignende bestemmelse i reglene om midlertidig forføyning, jf. tvl. § 32-12 jf. tvangsfullbyrdsloven § 3-4. I det opprinnelige forslaget fra Tvistemålsutvalget var det foreslått en regel om å stille sikkerhet for de kostnader som påløper. I forarbeidene til tvml. § 271a mente departementet at regelen også burde omfatte sikkerhet for mulig erstatningsansvar. Dette fordi det ville harmonere best med reglene om midlertidige forføyninger.¹⁴⁵

Det er opp til retten både ved begjæring om bevissikring og ved etterfølgende muntlig forhandling om det skal kreves sikkerhet, enten for de kostnader som påløper eller for mulig erstatning, fra den som har fremsatt kravet. Tvistelovens § 28-3 sjette ledd oppstiller ingen vilkår for rettens adgang til å kreve slik sikkerhet.

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 8

Ved at retten kan oppstille krav om sikkerhet oppfordres den begjærende part til å foreta en forsvarlig vurdering av sitt eget krav og begjæringen, slik at saker hvor grunnlaget for sikringen er for svakt kan unngås. Dette er viktig blant annet av hensynet til effektivitet og for at prosessen ikke skal bli for dyr.

I Bingo-saken valgte retten, på grunn av bevissikringens begrensede omfang, og at speilkopieringen i seg selv ikke ville vanskeliggjøre saksøktes forretningsdrift, å ikke stille krav om sikkerhetsstillelse.¹⁴⁶

4.5 Erstatning

I tvl. § 28-3 femte ledd er det oppstilt en regel om erstatning:

”Dersom det viser seg at den som satt fram begjæringen etter fjerde ledd, ikke har krav eller en rettighet som bevissikringen kunne tjene til å sikre, plikter vedkommende å erstatte den skade motparten har lidt som følge av bevissikringen. Det samme gjelder dersom det etter etterfølgende muntlig forhandling viser seg at begjæringen om bevissikringen etter fjerde ledd for øvrig var ugrunnet som følge av at det under saken forsettlig eller uaktsomt ble gitt uriktige eller villedende opplysninger om hvorfor det var grunn til å foreta bevissikringen.”

Erstatningsregelen er en fjerde mekanisme konstruert for å avhjelpe manglende kontradiksjon. Som nevnt over (side 16 flg.), fant lovgiver det nødvendig med en særlig erstatningsregel i tillegg til de alminnelige reglene om erstatning.

Tvisteloven § 28-3 femte ledd, første punktum oppstiller en regel om at saksøkte har krav på erstatning på objektivt grunnlag i de tilfeller der han har lidt skade, dersom det viser seg at saksøker ikke har et krav eller rettigheter i henhold til bevissikringsbegjæringen. En slik streng regel er blant annet oppstilt for å unngå at en part begjærer bevissikring uten at å ha

¹⁴⁶ Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2008 side 5

et legitimt grunnlag for kravet.¹⁴⁷ Motivasjon for å kreve bevissikring uten grunnlag kan tenkes forekomme, for eksempel fordi noen ønsker å sabotere for en konkurrent.

Twisteloven § 28-3 femte ledd, andre punktum hjemler et krav om erstatning for motparten dersom begjæringen var ugrunnet, som følge av at saksøker forsettlig eller uaktsomt har gitt uriktige eller villedende opplysninger. Denne subjektive regelen i annet punktum vil veie opp for det forhold at motparten ikke får anledning til å uttale seg om saken, og oppfordrer saksøker til å fremlegge korrekte og sanne opplysninger.

Regelen er en tilpasning av tvangsfullbyrdelsesloven § 3-5 som statuerer objektivt ansvar dersom hovedkravet ikke eksisterte da sikringen ble besluttet, og et skyldansvar dersom det er gitt uriktige og villedende opplysninger om sikringsgrunnen.¹⁴⁸

Forarbeidene gir et eksempel på bruk av erstatningsreglene.¹⁴⁹

”En varemerkeinnhaver har krevd bevisopptak etter ny §271 a hos en forhandler fordi varemerkeinnhaveren mistenker forhandleren for å omsette varemerkeforfalskede varer. Ved bevisopptaket finner man imidlertid ikke spor av bevis for det. Det oppstår objektivt ansvar etter annet ledd første punktum dersom det skulle vise seg at saksøkeren faktisk ikke hadde rett til det aktuelle varemerket. Det oppstår ikke objektivt ansvar fordi bevisopptaket ikke avslørte inngrep i varemerket. Dersom forhandleren krever etterfølgende muntlig forhandling og det blir fastslått at det egentlig ikke var grunn til å holde bevisopptak uten varsel, vil varemerkeinnhaveren være erstatningsansvarlig dersom vedkommende forsettlig eller uaktsomt har gitt villedende eller uriktige opplysninger på dette punktet.”

Som ved de alminnelige erstatningsreglene er det også her vilkår om økonomisk tap og påregnelig årsakssammenheng.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Tilsvarende begrunnelse er gitt i forbindelse med reglene i tvangsfullbyrdingsloven, jf. Ot.prp.nr.65 (1990-1991) side 99

¹⁴⁸ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 8

¹⁴⁹ Ot.prp.nr.33 (2003-2004) side 8

¹⁵⁰ LG-2005-117640 – som omhandlet erstatning etter midlertidig forføyning.

I og med at bevissikring uten at motparten varsles er et svært inngripende tiltak er det etter min oppfatning svært nyttig å ha erstatningsregler som medfører en terskel for å innlevere begjæring om bevissikring. Poenget er at denne terskelen ikke må være for lav, da det vil føre til at bevissikringsinstituttet for det første kan bli misbrukt og for det andre er det viktig at domstolene benytter sin kapasitet på de sakene det faktisk er hold i. Endelig er erstatningsregelen viktig for å opprettholde rettssikkerheten der hvor kravet til kontradiksjon ikke blir oppfylt.

5 Vilkårene for bevissikring uten at motparten varsles

5.1 Grunn til å frykte

Vilkårene i tvl. § 28-3 fjerde ledd må ses i sammenheng med tvl. § 28-2. Tvisteloven § 28-2 angir vilkårene for adgangen til bevissikring utenfor rettssak, mens tvl. § 28-3 fjerde ledd angir vilkårene for at avgjørelse om bevissikring kan treffes før motparten varsles. Denne oppgaven omfatter vilkårene etter tvl. § 28-3 fjerde ledd.

Vilkårene etter tvl. § 28-2 er at bevissikring kan begjæres når beviset kan få betydning i en tvist og at den som fremsetter begjæringen vil kunne bli part eller partshjelper. Vilkåret om at den som fremsetter begjæringen må kunne bli part eller partshjelper er et krav om rettslig interesse.¹⁵¹ Kravet om rettslig interesse innebærer at partene har en faktisk tilknytning til saken og reell interesse i avgjørelsen. Tvisteloven § 28-2 oppstiller deretter to alternative vilkår om at det enten må være en nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller at det av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist. Dette siste vilkåret om ”særlig viktig” er en utvidelse i forhold til tvistemålslovens regler.

I henhold til ordlyden er vilkåret for å sikre bevis uten at motparten varsles, jf. § 28-3 fjerde ledd, at det er ”grunn til å frykte” at bevissikring vil hindres. Vilkåret ”grunn til å frykte” stiller ikke strenge krav til vurderingen av om det skal gis adgang til bevissikring. Det må

¹⁵¹ Schei m.fl. bind II (2007) side 1248

være tilstrekkelig at partene på en tilfredsstillende måte kan begrunne at uten bevissikring vil bevis kunne unndras. Det må foreligge bevisforspillelsesfare. Eksempler på dette kan være at motparten vil ødelegge eller på annen måte manipulere eller endre beviset og dermed umuliggjøre bevissikring.

Vilkåret er utformet på samme måte som kravet til sikringsgrunn for arrest etter tvl. § 33-2 første ledd¹⁵² og for midlertidig forføyning etter tvl. § 34-1 første ledd bokstav b.¹⁵³

Begrepet ”grunn til å frykte” krever ikke sannsynlighetsovervekt, men det må foreligge konkrete holdepunkter og et negativt utfall må fremstå som en nærliggende mulighet.¹⁵⁴ I Bingo-saken fant retten at det er tilstrekkelig med en generell grunn til å frykte at varsel om bevissikringen vil kunne hindre sikringen.¹⁵⁵

Det er opp til den som inngir begjæring om bevissikring å sannsynliggjøre at det er grunn til å frykte at beviset vil gå tapt eller bli særlig vanskelig å føre dersom bevissikring ikke foretas, jf. Normarc-saken.¹⁵⁶

I Pehrson & Wessel-saken var formålet med bevisopptaket å skape grunnlag for å vurdere omfanget av et erstatningskrav, alternativt kreve eierskap for et prosjekt og dessuten bringe på det rene om markedsføringsloven¹⁵⁷ § 1 var overtrådt.¹⁵⁸ Retten kom til at det forelå rettslig interesse og at dokumentene som ble begjært sikret etter sin art ville kunne utgjøre bevis i en etterfølgende rettssak. Videre fant retten at det var ”grunn til å frykte” at de

¹⁵² Tvml. § 33-2 første og tredje ledd svarer til tvangsfullbyrdelsesloven § 14-2 første ledd

¹⁵³ Bestemmelsen tilsvarende tidligere tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2. Schei m. fl. bind II (2007) side 1253-1254

¹⁵⁴ Omtalt av Schei m. fl. bind II (2007) i kommentarer til § 33-2 og § 34-1 om arrest og midlertidig forføyning, side 1503.

¹⁵⁵ Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2008 side 4

¹⁵⁶ Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004 side 2

¹⁵⁷ Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr. 47

¹⁵⁸ Drammen tingretts kjennelse av 30. september 2004

saksøkte, hvis de på forhånd ble kjent med bevisopptaket og formålet med det, ville kunne unndra eller endre bevismaterialet, slik at det ikke kunne benyttes i en eventuell fremtidig rettssak. Retten viste til opplysningene gitt i saken, uten å gå nærmere inn på dette. Ved et således inngripende tiltak, hvor motparten ikke får anledning til å bli hørt i forbindelse med avgjørelsen, bør det etter mitt skjønn legges større vekt på å få frem begrunnelsen for at retten tillater bevissikringen.

I en senere kjennelse fra Asker og Bærum tingrett, Tom & Jerry-saken, nøyer retten seg også med å slå fast at vilkårene for bevissikring er oppfylt uten å gå nærmere inn på begrunnelsen.¹⁵⁹ I og med at adgangen til bevissikring uten at motparten varsles er relativt ny, og både lovtekst og forarbeidene er sparsomme med veiledning, ville det vært ønskelig at retten ga flere konkrete uttalelser om vilkårene og hva som kreves for at en slik begjæring skal tas til følge. I begjæringen til retten anførte Turner Entertainment Co at det åpenbart var grunn til å frykte at varsel til motparten ville kunne hindre bevissikring. Begrunnelsen for dette var at Turner Entertainment Co mente at Funbox var kjent med at de krenket saksøkers rettigheter, men at de likevel nektet å samarbeide. Det ble anført at Funboxs opptreden ga et klart grunnlag for å anta at Funbox ville ødelegge eller på annen måte forhindre saksøkerens tilgang til bevisene, dersom de ble varslet om bevisopptaket. På bakgrunn av at retten ikke uttaler annet, må det kunne legges til grunn at retten sluttet seg til disse anførselene og derfor ga adgang til bevissikringen.

Adgang til bevissikring uten at motparten varsles må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Retten må foreta en avveining av de ulike momentene, blant annet om hvor raskt gjennomføringen av sikringen må foretas for å kunne sikre de nødvendige bevisene, i forhold til at motparten som et utgangspunkt har rett til å bli informert og har en rett til å uttale seg om forholdet. Hjemmel for en slik proporsjonalitetsvurdering følger av tvl. § 21-8 og av reelle hensyn.

¹⁵⁹ Asker og Bærum tingretts kjennelse av 14. januar 2007

I flere av sakene brukt som eksempel i denne oppgaven har retten lagt vekt på saksøktes opptreden og kunnskaper i vurderingen av om det er grunn til å frykte at bevis kan gå tapt. For eksempel ble det i Tom & Jerry-saken lagt vekt på at saksøkte, til tross for at de var informert om at filmene de solgte var piratkopier, fremdeles nektet å samarbeide.¹⁶⁰ I Normarc-saken ble det lagt vekt på at de saksøkte hadde de nødvendige IT-kunnskapene til å manipulere bevisene dersom de ble varslet om bevissikringen.¹⁶¹ Hvilken type bevis som skal sikres er også en del av vurderingen og det ble både i Bingo-saken¹⁶² og Normarc-saken¹⁶³ uttalt at ved elektronisk lagret materiale er det på grunn av teknologiens muligheter hva angår sletting og skjuling av spor og materiale desto større grunn til å frykte at beviset kan gå tapt.

5.2 Spesifikasjon

Ved bevissikring er det ikke adgang til å foreta et generalbeslag. Det gjelder et krav til spesifikasjon. Da tvml. § 271a ble vedtatt fantes det en regel om spesifikasjon ved bevisatilgang i rettssak i tvml. § 253.¹⁶⁴ Bestemmelsen stilte krav til spesifikasjon/individualisering for begjæringer det er mulig å spesifisere.¹⁶⁵ Schei uttaler i kommentaren til tvistemålsloven at:¹⁶⁶

”Ved vurderingen av hva som ligger i kravet til individualisering, er det innledningsvis grunn til å understreke at formålet med dette kravet er at dokumentet skal identifiseres slik at motparten eller tredjemann vet hvilket eller hvilke dokumenter det kreves at han skal fremlegge.”

Spørsmålet er om dette er en generell regel som også vil omfatte bevissikringstilfellene.

¹⁶⁰ Asker og Bærum tingretts kjennelse av 14. januar 2007

¹⁶¹ Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004

¹⁶² Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2008 side 4

¹⁶³ Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004 side 3

¹⁶⁴ Et krav til spesifikasjon følger også av TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 5 (se side 12)

¹⁶⁵ Jfr. Rt. 1998 side 583

¹⁶⁶ Schei, Tvistemålsloven med kommentarer bind II (1998) side 780

Høyesterett tok i Normarc-saken stilling til dette spørsmålet. Rt. 2006 side 626 omhandler bevisopptak jf. tvml. § 271a (i dag tvl. § 28-3 tredje til fjerde ledd) og spesifikasjonskravet jf. tvml. § 253 (i dag tvl. § 26-6).

Tidspunktet for spesifikasjon var det avgjørende spørsmålet i denne saken og spørsmålet om kravet til spesifikasjonen ble lagt frem i et obiter dictum. Høyesterett var enig med lagmannsretten, om at det gjelder et visst krav til spesifisering og at spørsmålet er hvor strengt kravet er. Retten var ikke enig i at kravet er det samme som etter tvistemålsloven § 253. Det ble uttalt: ”Etter mitt syn er det ikke riktig uten videre å stille de samme kravene ved begjæring om bevissikring etter § 271a som ved begjæring om innsyn”. På bakgrunn av uttalelsene i Normarc-saken, jf. Rt. 2006 side 626, kan det ikke oppstilles et alminnelig krav til spesifikasjon i bevissikringstilfellene. Høyesterett skiller her mellom bevissikringsstadiet og innsynstadiet.

Normarc anfører i behandlingen av saken at dokumentene ikke lar seg peke ut på forhånd fordi de for eksempel kan ha skiftet navn eller være slettet. Høyesterett er enig i at særlig ved elektronisk lagret materiale gjør praktiske forhold at det kan være vanskelig å komme langt i spesifiseringen.

Retten foretar en avveining mellom hensynet til å få sakens opplyst på best mulig måte, saksøkers behov for å få adgang til bevismaterialet, hensynet til at saksøkte ikke skal måtte fremlegge informasjon som ikke er relevant for en eventuell rettssak, og praktiske hensyn. Ut i fra dette er de relevante vurderingstemaer derfor formålet og praktiske hensyn. Det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle.

Høyesterett la dermed til grunn en særlig spesifikasjonsregel, hvor vilkårene ikke er like strenge som på innsynstadiet.

Manglende krav til spesifikasjon kan forebygges ved at bevismaterialet ikke skal utleveres til saksøker dersom det er viktig for motparten å hindre det. Bevisene oppbevares da

midlertidig hos namsmannen eller tingretten.¹⁶⁷ Ved utleveringen må det tas hensyn til reglene om bevisforbud og bevisfritak. Retten uttalte at kravet til spesifikasjon også kan skjerpes i forbindelse med det etterfølgende muntlige rettsmøtet med kontradiktorisk behandling, jf. Rt. 2006 side 626 premiss 37.

I dag følger reglene om spesifikasjon ved begjæring om bevistilgang av tvl. § 26-6:

”1) En begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjensstander kravet gjelder.

(2) Retten kan lempe på kravet til spesifikasjon dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis.”

Reglene bygger videre på spesifikasjonskravet etter tvistemålsloven § 253.¹⁶⁸ I de nye reglene i tvisteloven er det i forhold til tvistemålsloven foretatt en lemping av vilkårene for spesifikasjon, jf. § 26-6 andre ledd. Retten kan etter dette lempe på spesifikasjonskravet dersom kravet er ”uforholdsmessig vanskelig å etterkomme og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis”. Begrunnelsen for lempingsadgangen er behovet for at saken skal bli forsvarlig opplyst.¹⁶⁹ Kravet til spesifikasjon må ikke stilles så høyt at det i urimelig grad hindrer avklaring av det korrekte, faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.¹⁷⁰

Det er uttalt i Schei m.fl. sin kommentar til tvisteloven at i og med at lovgiver har lempet på kravet til spesifikasjon i tvisteloven, så taler dette for at det ikke lenger er grunnlag for å praktisere en lavere terskel vedrørende kravene til spesifikasjon i forbindelse med bevissikring etter § 28-3 fjerde ledd.¹⁷¹ I en upublisert artikkel av stipendiat Maria A. Hjort om regulering av e-post som bevis etter den nye tvisteloven, anser hun dette for å være et

¹⁶⁷ Jf. blant annet Normarc-saken og Skifte-saken

¹⁶⁸ Schei m. fl. bind II (2007) side 1214

¹⁶⁹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) side 467-468

¹⁷⁰ Monsen (2007) side 210

¹⁷¹ Schei m.fl. bind II side 1254

utilstrekkelig argument for å likestille spesifikasjonskravene for bevistilgang i rettssak og bevissikring utenfor rettssak.¹⁷² Hun anfører at ved bevistilgang i rettssak vil saksøker ha andre muligheter dersom man ikke oppfyller spesifikasjonskravet. Saksøker kan blant annet stille motparten spørsmål og be om sammenstillinger eller oversikter over materialet, jf. § 26-5, andre ledd.¹⁷³ Denne muligheten har en av naturlige grunner ikke etter § 28-3 fjerde ledd. Ved kontakt med motparten risikerer man at formålet med bevissikringen ikke oppnås.¹⁷⁴ Forfatterne av kommentarutgaven til tvisteloven er flere av de samme som satt i Tvistemålsutvalget og var med på utarbeidelsen av bestemmelsene i tvisteloven. Derfor er det stor grunn til å støtte seg til deres uttalelser. På den annen side er dette temaet ikke vurdert i forarbeidene og Schei m.fl. gir ingen konkret begrunnelse for at kravene nå skal likestilles. Etter min mening vil de samme hensyn som gjorde seg gjeldende i Rt. 2006 side 626 (Normarc), som formålet med bevissikringen og praktiske hensyn, fortsatt være aktuelle. Unntaket om at spesifisering må være *uforholdsmessig vanskelig å etterkomme* stadfester at det skal mye til før spesifikasjon kan unnlates og det vil fortsatt være fare for bevisforspillelse dersom kravene til spesifikasjon er for strenge. Derfor kan det etter min oppfatning fremdeles oppstilles en særregel vedrørende kravet til spesifikasjon i bevissikringstilfellene, jf. § 28-3 fjerde ledd.

I kjennelsen, Rt. 2006 side 626 (Normarc) var et av spørsmålene om på hvilket tidspunkt spesifiseringen må være gjort. Høyesterett kom til at det ikke var et krav om at spesifikasjon må skje før bevissikring er foretatt. Kjennelsen fra lagmannsretten og tingretten ble dermed opphevet, og saken hjemvist til fortsatt behandling i tingretten. Høyesterett begrunnet dette med at lagmannsretten har bygd på en uriktig tolkning av loven når de kom til at spesifiseringen må foreligge før namsmannen sikrer bevisene. I henhold til alminnelige rettergangsregler og henvisningen fra § 271 a til tvangsfullbyrdsloven § 15-10 er ikke innholdet i den opprinnelige begjæringen det eneste avgjørende.¹⁷⁵ I

¹⁷² Hjort (2008) side 10

¹⁷³ Hjort (2008) side 10

¹⁷⁴ Hjort (2008) side 10

¹⁷⁵ Rt. 2006 side 626 premiss 33

tvangsfullbyrdelsesloven § 15-10 (i dag tvl. § 32-8) heter det nemlig at retten kan helt eller delvis stadfeste, endre eller oppheve beslutningen”, og derfor er innholdet av den første begjæringen ikke avgjørende. Retten uttaler at: ”[o]gså i kjæremålsadgangen for lagmannsretten må det – ut fra alminnelige regler – være adgang til å foreta en nærmere spesifisering eller begrensning av begjæringen.”¹⁷⁶

6 Den praktiske gjennomføringen

6.1 Innledning

Det reiser seg en rekke praktiske spørsmål vedrørende adgangen til og gjennomføringen av bevissikringen. Det finnes få eller ingen holdepunkter i loven eller forarbeidene til hvordan de ulike problemene skal løses. Der lovgiver ikke har vurdert spørsmålet er det opp til domstolene å legge de videre føringer. Det kan også være nyttig å se hen til hvordan våre naboland har løst spørsmålene.

I forbindelse med gjennomføringen har lovgiver har nøydt seg med å henvise til de alminnelige regler som gjelder bevisopptak i rettssak, jf. tvl. § 28-4. Dette er kritisert i Tom & Jerry-saken:¹⁷⁷

”Dessverre innebærer lovgivningsteknikken med å nøye seg med å henvise til de regler som gjelder bevisopptak i rettssak, at man unnlater å ta stilling til de særegne praktiske og prinsipielle problemer som oppstår når retten uten kontradiksjon og varsel til motparten (...)skal beslutte noe som ligge[sic]svært nær det som kalles ransaking i straffeprosessen.”.

Når lovgiver tillater ”ransaking” i sivile saker, ville det vært mer hensiktsmessig med en bredere behandling i forarbeidene av de ulike spørsmålene som oppstår.

¹⁷⁶ Rt. 2006 side 626 premiss 33

¹⁷⁷ Kjennelse fra Asker og Bærum tingrett av 14. januar 2007 side 3

Etter tvistelovens bestemmelser gjelder adgangen til å sikre bevis alle typer bevis, jf. tvl. § 28-1. Det mest praktiske i denne forbindelse vil utvilsomt være realbevis. Det kan for eksempel være datalagret informasjon, som dokumenter, eller gjenstander. Selv om det ikke er like praktisk er det etter loven ingenting i veien for at det ved bevissikring foretas vitneavhør. Et eksempel hvor dette kan tenkes nødvendig er hvor forholdet mellom motpart og vitnet er av en slik art, at dersom motparten varsles vil det være fare for påvirkning av forklaringen, for eksempel ved at det fremsettes trusler mot vitnet.

En begrensning i hva slags bevis som kan sikres følger av reglene om bevisforbud og bevisfritak, jf. tvl. kapittel 22. I tvl. § 28-2 slås det fast at beviset må kunne få betydning i en tvist. Dette betyr at beviset må være av en slik art at det kan utgjøre bevis i en etterfølgende rettssak.¹⁷⁸ Unntatt er for eksempel taushetsbelagt informasjon, forretningshemmeligheter og betrodd informasjon til særlige yrkesgrupper, som for eksempel advokater. Det bemerkes i Skifte-saken at reglene om bevisopptak utenfor rettssak ikke gir hjemmel for noen utvidet edisjonsplikt.¹⁷⁹

I det følgende vil jeg ta for meg de mest sentrale problemstillingene vedrørende gjennomføringen, som blant annet hvem skal sikre bevisene, hva kan sikres som bevis og hvor det kan det sikres bevis.

6.2 Hvem skal gjennomføre bevissikringen?

Verken loven eller forarbeidene oppstiller retningslinjer for hvem som skal foreta bevissikringen, jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd. Det følger av tvl. § 28-4 at for gjennomføring av bevissikring gjelder reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettssak tilsvarende så langt de passer. I henhold til tvl. § 28-3 fjerde ledd er det retten som avgjør om bevissikring

¹⁷⁸ Kjennelse fra Oslo tingrett av 13. september 2004 side 2

¹⁷⁹ Moss tingretts kjennelse av 8. november 2007 side 4

uten varsel skal foretas. Det gis ingen anvisning i loven hvorvidt det er retten selv som også skal gjennomføre sikringen.

Det er i flere avgjørelser lagt til grunn at namsmannen kan stå for den praktiske gjennomføringen. I Tom & Jerry-saken er begrunnelsen at dette også er systemet i saker om midlertidige forføyninger etter tvangsfullbyrdelsesloven og at reelle hensyn ikke taler for en annen løsning.¹⁸⁰ Det vises for så vidt også til at Høyesterett har behandlet én sak om tvistemålsloven § 271a – Normarc-saken. Der besluttet Oslo tingrett at gjennomføringen av bevissikringen skulle skje ved bistand av namsmannen. Det kom da ingen anmerkninger verken i lagmannsretten eller Høyesterett til at namsmannen var bedt om å bistå innhenting av bevismaterialet. Et argument for at namsmannen skal foreta sikringen er for å unngå at retten indirekte sikrer bevis *for* saksøker, noe som kan gjøre prosessen partisk og mindre rettferdig.

Til sammenligning kan retten ved arrest, jf. tvl. § 33-5 første ledd, velge å gjennomføre arresten selv eller overlate dette til namsmannen. Uten andre holdepunkter bør den samme valgfriheten kunne legges til grunn i bevissikringstilfellene.

I Skifte-saken slutter retten seg til samme løsning som i Normarc-saken, og uttaler i tillegg at:¹⁸¹ ”De nærmere detaljer rundt gjennomføringen må derfor også avgjøres av namsmannen”. Det synes derfor klart at namsmannen kan stå for den praktiske gjennomføringen og i de tilfeller hvor retten ikke har nedsatt retningslinjer for gjennomføringen er det opp til namsmannen selv å avgjøre hvordan sikringen skal foregå.

Hensynet til at retten skal være upartisk taler etter min vurdering for at dette er en god løsning slik at prosessen på best mulig måte ivaretar rettssikkerheten, ved at rettens rolle i selve bevissikringen er begrenset og dermed uavhengig i forholdet til partene.

¹⁸⁰ Kjennelse fra Asker og Bærum tingrett av 14. januar 2007

¹⁸¹ Kjennelse fra Moss tingrett av 8. november 2007 side 8

Etter svensk og finsk rett følges den samme todelte ordning. Det er de alminnelige domstolene som treffer beslutningen om bevissikringen, mens det er henholdsvis ”kronofogeden” og ”utmåtningsmannen” som gjennomfører sikringen.¹⁸²

Etter bestemmelsene i den danske retsplejeloven skal begjæring om bevissikringsundersøkelse fremmes for ”fogedretten” (namsretten¹⁸³). Det er også ”fogedretten” som gjennomfører sikringen, jf. retsplejeloven § 653 b.

Løsningen kan tenkes noe annerledes når bevissikringen foretas ved vitneavhør. Antakelig er det hensiktsmessig at retten her foretar bevissikringen. Retten har innblikk i saken og oversikt over grunnlaget for begjæringen. I forbindelse med den praktiske gjennomføringen må det tas i betraktning at for det første skal ikke motparten varsles og for det andre bør det unngås at saksøker får tilgang til beviset, her vitneavhøret, før avgjørelsen er endelig. På bakgrunn av dette vil trolig den beste løsningen være at retten foretar avhøret av vitnet uten at partene er tilstede.

At tvl. § 28-4 bestemmer at alminnelige regler om bevistilgang og bevisopptak i rettssak gjelder tilsvarende innebærer også at retten kan oppnevne sakkyndige for å foreta bevisundersøkelsen, jf. tvl. § 27-2 fjerde ledd.¹⁸⁴ Dette ble for eksempel gjort i Normarc-saken.¹⁸⁵

6.3 Hvor er det adgang til å sikre bevis

Bestemmelsen i tvl. § 28-3 fjerde ledd flg. gir ingen veiledning eller begrensinger i hvor det er adgang til å sikre bevis. Utgangspunktet etter ordlyden er dermed at bevissikring kan foretas i private boliger, så vel som i virksomhetslokaler. Forarbeidene tar heller ikke opp

¹⁸² Betænkning nr. 1385 (2000) side 54

¹⁸³ Betænkning nr. 1385 (2000) side 42

¹⁸⁴ NOU 2001:32 B side 990

¹⁸⁵ Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004

problemstillingen. Derimot har danske myndigheter vurdert spørsmålet i sine forarbeider.¹⁸⁶ Det gjøres gjeldende at som et utgangspunkt taler mye for at reglene begrenses til å gjelde virksomhetslokaler. På den annen side er det ikke utenkelig at det finnes bevis for omfattende krenkelser [av immaterialrettigheter]¹⁸⁷ også i private bopeler. Som et resultat av denne avveiningen finner ”Udvalget” det nødvendig å gi adgang til undersøkelse også i private hjem. Reglene omfatter alle lokaler som den antatt krenkende disponerer over, uansett eierforhold.¹⁸⁸ Det forutsettes i bemerkningene til lovforslaget at proporsjonalitetshensynet vil spille en særlig viktig rolle i de tilfeller hvor bevissikringsundersøkelsen retter seg mot private hjem.¹⁸⁹ Den samme løsningen er også lagt til grunn etter svensk lovgivning og antakelig også etter finsk lov.¹⁹⁰

Gode grunner taler for at de samme synspunkter legges til grunn i norsk rett. Først og fremst fremkommer det ingen begrensninger i ordlyden eller forarbeidene. Som det er redegjort for i de danske forarbeider taler formålet bak bestemmelsen for at det også skal være adgang til å sikre bevis privat. Reelle hensyn kan tale i mot en slik ordning. Det er svært inngripende å innta en persons hjem for å sikre bevis uten at han er varslet på forhånd, men uten denne løsningen åpnes det for omgåelse av regelen, ved at man for eksempel lagrer relevant materiale privat i stedet for i virksomheten.

Lovgiver har i denne sammenheng heller ikke tatt særskilt stilling til om det er adgang til å sikre bevis hos *tredjemenn*. I tvml. § 251 ble det hjemlet en edisjonsplikt for tredjemenn, hvor det ble oppstilt en plikt til å fremlegge dokumenter av betydning i saker hvor de selv ikke var part.¹⁹¹ Denneplikten er videreført i tvl. § 21-5, hvor ”enhver” plikter å gi forklaring om faktiske forhold og gi tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en

¹⁸⁶ Betænkning nr. 1385 (2000) side 62-64

¹⁸⁷ De danske reglene er begrenset til å gjelde immaterialrettigheter.

¹⁸⁸ Fogde og Madsen (2001) side 332

¹⁸⁹ Betænkning nr. 1385 (2000) side 63

¹⁹⁰ Betænkning nr. 1385 (2000) side 62-63

¹⁹¹ Frode Innjord. Kommentar til tvisteloven I: Norsk lovkommentar (online) note 985 [sitert 7. april 2008]

rettssak. Bestemmelsen er en alminnelig regel om bevis og gir en allmenn plikt til bevisatilgang.¹⁹²

Ordlyden i § 28-3 stenger ikke for at det også kan sikres bevis hos tredjemann. Tredjemann kan typisk være advokater, rådgivere, regnskapsførere og speditører. I tvl. § 28-3 andre ledd fremgår det at: ”I tillegg til den begjæringen direkte retter seg mot, angis som motpart den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot”. Dette betyr at motparten er den man eventuelt ønsker å fremme et senere søksmål mot *og/eller* den begjæringen direkte retter seg mot. Som nevnt i innledningen følger det av uttalelser fra Tvistemålsutvalget at det er en selvfølge at den som det ønskes bevisatilgang mot, skal gjøres til motpart.¹⁹³ På bakgrunn av dette kan det legges til grunn at bevissikring også kan foretas hos tredjemann. Et eksempel finner vi i Skifte-saken, hvor det ble det begjært bevissikring i et advokatfirma for å sikre dokumenter, for å begrunne to krav mot selskapene Nordlie Auto AS og Nordlie AS. I denne saken ble det gitt adgang til bevissikring uten at verken partene eller dommeren tok opp spørsmålet om hvorvidt det er adgang til sikring av bevis hos tredjemann.

Uten en adgang til å sikre bevis hos tredjemann åpnes det for omgåelsesmuligheter. Saksøkte¹⁹⁴ kan for eksempel bevisst oppbevare varer hos tredjemann, eksempelvis hos en speditør eller oppbevare regnskapsmateriale hos en regnskapsfører.¹⁹⁵ Slik kan saksøkte unndra viktig bevismateriale fra sikring.

I ”The TRIPS-agreement. Drafting history and analysis” av Daniel Gervais skriver han at tiltak etter artikkel 50 nr.2 (se side 11-12) må også kunne benyttes overfor ”a third party (...) who may be acting in good faith (e.g. a carrier)”.¹⁹⁶

¹⁹² Schei m.fl. bind I (2007) side 1004

¹⁹³ NOU 2001:32 B side 989

¹⁹⁴ Saksøkte er her den som man eventuelt ønsker å reise senere rettssak mot.

¹⁹⁵ Eksempler fra Betenkning nr. 1385 (2000) side 64

¹⁹⁶ Gervais (2003) side 308

I danske forarbeider vurderes omgåelsesmulighetene opp mot integritetshensyn og etter en samlet vurdering finner ”Udvalget” at undersøkelsesadgangen ikke burde omfatte tredjemann.¹⁹⁷ Etter den svenske ordningen er det heller ikke adgang til å foreta bevissikring hos tredjemann.¹⁹⁸ Dette begrunnes med at bevissikringen griper inn i den private sfære på en slik måte at det ikke kan aksepteres at noen som ikke antas å ha foretatt en krenkelse kan utsettes for dette.¹⁹⁹ Etter finsk lov kan det foretas sikring hos tredjemann.²⁰⁰

Det er antakelig mindre grunn til å frykte at bevis kan bli unndratt eller manipulert hos en som ikke er adressat for det krav begjærende part mener å ha i saken.²⁰¹

Det må påpekes at ved bevissikring hos tredjemann vil proporsjonalitetshensyn gjøre seg særlig gjeldende. Det må foreligge sterkere grunner for å foreta bevissikring hos en uskyldig tredjemann, enn hos en man meget mulig vil reise sak mot. I all hovedsak må omgåelsesmuligheter vurderes opp mot integritetshensyn.

Videre bør det sondres mellom hva slags bevis som skal sikres. Dersom materialet tilhører den part man ønsker bevis mot, men oppbevares hos tredjemann, enten av praktiske grunner eller av unndragelsesgrunner, så bør det være klart at sikring kan gjennomføres. Hvis det derimot skal sikres bevis i tredjemanns eiendom, eksempelvis fraktbrev, fakturaer og lignende, må det legges desto større vekt på proporsjonalitetshensyn. Hensynet til tredjemann må holdes opp mot behovet for at beviset sikres, og hensynet til tredjemann bør tillegges betydelig vekt.

¹⁹⁷ Betænkning nr. 1385 (2000) side 64

¹⁹⁸ Jf. Upphovsrättslagen 56a §

¹⁹⁹ Prop. 1998/99:11 side 57

²⁰⁰ Jf. Lag om säkerställande av bevisning i tvistemål som gäller immateriella rättigheter 3 § nr. 2)

²⁰¹ Slik er situasjonen vurdert i forarbeidene til konkurranseloven, hvor det ikke gis adgang til å sikre bevis hos tredjemann, jf. Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 163

Det følger av tvl. § 28-3 fjerde ledd at motparten ikke skal varsles før bevissikring. Dette vil også gjelde tredjemann. Men bevisene som kan sikres, kan være både realbevis og vitnebevis, jf. tvl. § 28-1. Vitnebevis vil typisk være avhør av en tredjeperson. Det er selvsagt helt umulig å foreta vitneavhør av en person uten å varsle om det på forhånd og det kan antas at det i slike tilfeller bare er den eventuelt fremtidig saksøkte som ikke skal varsles.

Det er ikke oppstilt en uttrykkelig hjemmel for sikring hos tredjemann i tvl. § 28-3 fjerde ledd. Likevel finner jeg på bakgrunn av ordlyden i tvl. § 28-3 fjerde ledd, sammenholdt med tvl. § 21-5 og viktigheten av at det ikke åpnes for omgåelsesmuligheter, at det er adgang til å sikre bevis hos tredjemann, dersom vilkårene for sikring ellers foreligger. Konklusjonen er etter mitt skjønn relativt klar, særlig med tanke på at det i Skifte-saken ble godtatt bevissikring hos tredjemann.

6.4 Hva kan sikres som bevis og på hvilken måte skal materialet sikres

Det mest praktiske er at bevissikringen gjelder realbevis.²⁰² Spørsmålet er hva det er anledning til å undersøke og hva man kan ta med seg av dokumenter og gjenstander. I utgangspunktet oppstilles ingen begrensninger i reglene i tvl. kapittel 28. Vilåret er at beviset kan benyttes i en eventuell rettssak.

Fogde og Madsens skriver i sin danske artikkel, "Bevissikring ved krænkelser af immaterialrettigheder mv.", om de danske reglene,²⁰³ at det ikke er adgang til en generell gjennomgang av virksomhetens forretningspapirer. Kun dokumenter som er relevante i forbindelse med en konkret mistanke kan undersøkes. Dette støttes også av kravet til spesifikasjon. Et tilsvarende syn blir også fremmet i norsk praksis. I Tom & Jerry-saken ble

²⁰² Jf. side 46

²⁰³ Fogde og Madsen (2001) side 332

det i påstanden også begjært bevissikring i regnskaper og kunderegister. Av kjennelsen fremgår at:²⁰⁴

”Retten anser at slikt materiale vil inneholde en stor mengde informasjon som ikke er av betydning for en eventuell sivil sak mellom rekvirenten og Funbox AS, samtidig som det ikke er tilstrekkelig godtgjort at begjæringens formål krever at også Funbox AS regnskaper og kunderegistre nå blir gjenstand for bevissikring. Rettens beslutning om å tillate bevissikring omfatter derfor ikke slikt materiale.”

Dersom det skal sikres bevis i denne type materiale kreves det i henhold til Tom & Jerry-saken at saksøker må godtgjøre at det foreligger særskilte forhold som begrunner sikringen.

Proporsjonalitetsprinsippet vil også sette skranker for hva som kan innhentes av bevis.

Dersom bevissikringen for eksempel fører til at motparten ikke kan utøve sin virksomhet på en forsvarlig måte, taler dette i mot at man får adgang til å beslaglegge bevisene.

Måten beviset sikres på kan være ved at man tar med seg gjenstanden eller dokumentene. Eventuelt kan det tas en kopi av de aktuelle dokumentene.

I svensk rett gjennomføres bevissikringen ved fotografering, film- og lydopptak og kopiering.²⁰⁵ Det er ikke adgang til å beslaglegge verken gjenstander eller dokumenter. Etter finsk rett derimot er det adgang både til å ta beslag og kopiere fra alt materiale som antas å ha bevismessig betydning.²⁰⁶ Det samme gjelder i dansk rett.²⁰⁷

Av danske forarbeider fremgår dette:²⁰⁸

²⁰⁴ Kjennelse fra Asker og Bærum tingrett av 14. januar 2007 side 4

²⁰⁵ Jf. Upphovsrättslagen 56f §

²⁰⁶ Jf. Lag om säkerställande av bevisning i tvistemål som gäller immateriella rättigheter 6 §

²⁰⁷ Betänkning nr. 1385 (2000) side 72

²⁰⁸ Betänkning nr. 1385 (2000) side 72

”undersøgelsen bør tilrettelægges på en måde, som ikke forvolder rekvisitus unødige skade eller ulempe, og som står i rimelig forhold til rekvirentens interesser. Det bør således i almindelighed ikke ske beslaglæggelse af genstande eller dokumenter, hvis dette kan lægge hindringer i vejen for en lovlig erhvervsudøvelse eller en anden lovlig anvendelse”.

I Normarc-saken la retten vekt på at det må tas hensyn til den daglige drift og at bevissikringen må skje på et tidspunkt som i minst mulig grad hindrer driften. ”Gjennomføringen av bevissikringen må i størst mulig grad skje ved at det vises den hensynsfullhet og varsomhet som forholdene tillater”²⁰⁹

Speilkopiering

Til tross for at det skal tas hensyn til motparten og eventuelt selskapets daglige drift, har domstolene vært tilsynelatende åpne for hva og hvordan bevisene skal sikres. For eksempel er det i flere saker gitt adgang til speilkopiering.²¹⁰ Gjennom å speilkopiere datalagret materiale får man en kopi av hele innholdet. Retten uttalte i Normarc-saken, at på grunn av teknologiens muligheter til å slette, skjule spor og dokumenter var det i denne saken nødvendig å speilkopiere alt materiale.²¹¹

I motsetning til ved filkopiering, kan en ved speilkopiering rekonstruere skjult og slettet materiale.²¹² Slik sikres at man får med seg alle relevante bevis. På den annen side fører denne metoden mest sannsynlig til at det også kopieres dokumenter som enten ikke har relevans i saken eller er unntatt som følge av reglene om bevisforbud og bevisfritak. Både Normarc-saken²¹³ og Skifte-saken²¹⁴ er eksempler på dette. I Skifte-saken ble det begjært sikring hos en advokat og det er klart at mange av dokumentene hos en advokat vil være unntatt som bevis som en følge av bestemmelser om taushetsplikt, jf. tvl. § 22-5.

²⁰⁹ Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004 side 4

²¹⁰ Eksempelvis Normarc-saken (Oslo tingrett 13. september 2004)

²¹¹ Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004 side 3

²¹² Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2005 side 16

²¹³ Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004 side 5

²¹⁴ Moss tingretts kjennelse av 8. november 2007 side 10

Dokumenter som ikke kan benyttes i en etterfølgende rettssak kan i utgangspunktet heller ikke sikres som bevis. Problemet er at det vil være vanskelig å skille ut slike typer dokumenter på bevissikringsstadiet og vi ser derfor at domstolene har flere ganger gitt vid adgang til å sikre bevisene og at nærmere spesifisering og sortering skjer før beviset utleveres til den som har begjært sikringen. I Normarc-saken ble det lagt vekt på at i den grad det fantes dokumenter av betydning som bevis, ville disse kunne gå tapt dersom det ikke ble gitt adgang til speilkopiering.²¹⁵ I Normarc-saken arbeider partene fremdeles med å finne ut hvilke bevis som skal utleveres. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 6.6.

Rettspraksis ser ut til å legge til grunn at retten foretar en hensiktsmessighetsvurdering for å avgjøre hvilke bevis som kan sikres. Effektivitet og kostnader vurderes opp mot det at den som begjærer bevissikringen skal få tilgang til de bevis han trenger for å opplyse og underbygge sin sak.

Det bør også legges vekt på *saksøktes* behov for tilgang til det sikrede materialet. Ved å for eksempel foreta en speilkopiering, jf. Normarc-saken, vil saksøkte selv fremdeles ha tilgang til materialet. I Skifte-saken kommer retten til at der saksøker ikke har behov for originaldokumentene skal det foretas kopiering, men at detaljene omkring dette må overlates til namsmannen, herunder at namsmannen foretar en vurdering av hva som er tidsmessig forsvarlig.²¹⁶ Retten bemerker også at i denne saken vil ikke saksøkte lide nevneverdig dersom de aktuelle dokumentene blir sikret. For det første gjaldt det her en avdød person og dessuten ville saksøkte bli gitt anledning til å få kopi av de dokumenter de ønsket.

6.5 Tvangselementet

Twisteloven § 28-3 fjerde ledd flg. gir ingen konkret adgang til å benytte tvang ved gjennomføringen av bevissikringen. I norsk rett er legalitetsprinsippet et grunnleggende

²¹⁵ Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2005 side 17

²¹⁶ Moss tingretts kjennelse av 8. november 2007 side 8

prinsipp. Legalitetsprinsippet innebærer at offentlige myndigheter ikke kan gripe inn overfor borgerne i individuelle tilfeller uten å ha hjemmel for det i formell lov.²¹⁷ Bruk av tvang ved bevissikringen betyr blant annet at man vil kunne tiltvinge seg adgang til lokaler og lignende, med bistand fra politiet. En slikt inngrep krever en klar hjemmel. Problemet er vurdert i Tom & Jerry-saken hvor retten kommer til at det *ikke* er gitt hjemmel for bryte seg inn i et lokale.²¹⁸

”Man må komme uanmeldt og be om å få komme inn. For å sikre at slik tillatelse blir gitt, tilsier bestemmelsens formål at retten i slutningen må kunne pålegge motparten å gi tilgang til de(t) aktuelle lokale(r).”

Retten kommer til at det i slutningen må kunne gis pålegg om at motparten skal gis tilgang til lokalene, men at det ikke er anledning til å ta seg inn med makt. Dette uthuler bevissikringsinstituttet ved at motparten ”kan nekte” adgang til sine lokaler. Den mest praktiske løsningen vil klart være at det kan brukes makt ved bevissikringen.

I konkurranselovens er det i visse tilfeller gitt adgang til å benytte tvang ved bevissikringen, jf. krrl. § 25. Som nevnt i kapittel 2 kan ikke reglene for bevissikring etter konkurranseloven regles uten videre legges til grunn. Allikevel kan det være hensiktsmessig å trekke noen paralleller i forbindelse med tvangselementet. Konkurransetilsynet har ikke tvangsmakt, men kan kreve bistand av politiet dersom vedkommende nekter å samarbeide.²¹⁹ I etterfølgende muntlig høring i Normarc-saken uttaler retten at:

”Bevissikringsbestemmelsen i konkurranseloven omtales ofte som en hybrid mellom sivile og straffeprosessuelle virkemidler. Konkurransetilsynet må som tilsynsmyndighet forutsettes å ha en langt videre adgang til å sikre og søke etter bevis enn parter i sivile saker”.

²¹⁷ Andenæs (1998) side 176

²¹⁸ Kjennelse av Asker og Bærum tingrett av 14. januar 2007 side 3

²¹⁹ Forskrift om opplysningsplikt m.m. 2002-12-22-1645, Merknader til § 5

På bakgrunn av dette må antakelig reglene i tvisteloven tolkes slik at man bare får adgang til lokaler og bevis dersom motparten faktisk gir en adgang. Dette vil på mange måter stride mot selve formålet bak bestemmelsen. I første omgang konkluderer retten med at det er grunn til å frykte at bevis kan unndras eller endres og gir dermed tillatelse til bevissikring uten at motparten varsles. Men så kan motparten nekte adgang ved gjennomføringen? Resultatet blir da at bevisene ikke blir sikret og motparten har samtidig fått varsel om bevissikringen, og vil kunne manipulere eller slette eventuelle bevis.

Dansk rett har vurdert dette annerledes og ”Utvalget” skriver i de danske forarbeidene:²²⁰

”Formålet med reglerne om bevissikring vil ikke kunne opnås med mindre der bliver en mulighed for at gennemføre undersøgelsen tvangsmæssigt. Fogedretten bør således i det omfang, det må anses for nødvendig for at gennemføre undersøgelsen, kunne skaffe sig adgang til rekvisiti lokaler og gemmer, om fornødent under anvendelse af magt”.

Adgangen til å benytte tvang er nå fastslått i retsplejeloven § 653 b stk. 6. I Danmark har de altså en klar hjemmel for å kunne benytte tvang. Det samme gjelder etter finsk lov.²²¹

Til sammenligning er det i tvangsfullbyrdelsesloven § 5-10 adgang for namsmannen til å benytte nødvendig makt og om nødvendig kreve bistand fra politiet i forbindelse med tvangsfullbyrdelsen. Her gis altså en klar hjemmel for tvangsbruken.

Gode grunner taler for bruk av tvang i bevissikringstilfellene, slik at bevissikringsinstituttet blir effektivt og tiltakene kan foretas raskt. I norsk rett er det derimot et grunnleggende krav at slike inngrep krever hjemmel og det er derfor antakelig ikke adgang til å benytte tvang ved bevissikringen etter tvistelovens § 28-3 fjerde ledd.

²²⁰ Betænkning nr. 1385 (2000) side 75

²²¹ Jf. Lag om säkerställande av bevisning i tvistemål som gäller immateriella rättigheter 5 §

6.6 Normarc-saken

I Normarc-saken har det nå gått over tre år siden det ble begjært bevissikring i saken. Saksøker har fremdeles ikke fått se et eneste dokument. I denne saken ble alt det elektroniske materialet speilkopierte. Nå sitter oppnevnte, uavhengige personer og går gjennom materialet. Saksøker (Normarc) gir dem en liste med nøkkelord som de søker etter i datamaterialet. Det dreier seg om vel 285 millioner datasider. Mange av dokumentene er naturlig nok unntatt i henhold til blant annet reglene om bevisforbud og bevisfritak, jf. tvl. kapittel 22. Det kan spørres om hvor effektiv bevissikringsadgangen er når saken kan dras ut på denne måten.

Ved treff på noen av disse søkeordene, er spørsmålet videre hvordan den begjærende part skal få tilgang til beviset. Saksøker ønsker selvsagt en elektronisk versjon, mens motparten anfører at de kun har krav på å få papireksemplarer. Dersom det blir utlevert elektronisk lagrede dokumenter får saksøker i prinsippet mye mer informasjon enn ved å få papirversjoner. I elektronisk lagrede data finnes såkalt "metadata". Metadata er data om data. I metadata finnes opplysninger om blant annet når dokumentet ble opprettet, hvem som opprettet det eller om det er endret m.m. Det foreligger etter min kunnskap ikke praksis på området. Det mest praktiske vil med tanke på effektivitet og kostnader være å levere ut de elektroniske dataene. På den annen side er det viktig at sensitiv informasjon ikke havner i gale hender. Vurderingen av dette er foreløpig et åpent og skjønnsmessig spørsmål, som det vil være opp til domstolene å ta stilling til.

7 Oppsummering

Reglene om bevissikring uten at motparten varsles er et effektivt institutt for å sikre bevis hvor det er fare for bevisforspillelse. Med den teknologiske utviklingen vil sannsynligvis reglene om bevissikring bli mer praktiske blant annet ved at mer materiale blir lagret elektronisk.

Prinsippet om kontradiksjon i sivile saker er begrunnet i hensynet til partene og sakens opplysning. Prinsippet settes til side ved reglene om bevissikring uten at motparten varsles. Lovgiver har funnet at på dette stadiet i prosessen, altså før rettssak, er det viktigere at bevis sikres for å oppnå materielt riktige resultater, enn at motparten blir varslet. Hensynet til partene og kontradiksjonsprinsippet blir ivaretatt gjennom adgangen til etterfølgende muntlig forhandling. Retten kan også velge å tilbakeholde bevismaterialet inntil motparten har fått uttale seg. Endelig vil reglene om sikkerhetsstillelse og erstatning bidra til at den som begjærer bevissikring tar stilling til og vurderer kravet sitt grundig. På bakgrunn av det ovenfornevnte mener jeg at det i slike saker er adgang til å fravike kontradiksjonsprinsippet til fordel for at bevis blir sikret på en tilfredsstillende måte.

Den praktiske gjennomføringen av bevissikring er i liten grad lovregulert og åpner av den grunn for skjønnsmessige vurderinger. Utviklingen innen rettspraksis på dette området vil følgelig få stor betydning. Gjennomføring av bevissikring overfor parter som driver virksomhet med taushetsbelagt materiale vil kunne være problematisk, særskilt ved bevissikring gjennom speilkopiering. Speilkopiering gjennomføres normalt ved innleid datakyndig personale, som gjennom bevissikringen får innsyn i taushetsbelagt informasjon som går utover den aktuelle saken. Dette vil for eksempel kunne være problematisk overfor advokatfirmaer som har klientarkiv med børssensitivt materiale.

8 Litteraturliste

8.1 Lovgivning

Norske lover:

- 1915 Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5 (domstolloven)
- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.m. av 12. mai 1961 nr. 2 (åndsverkloven)
- 1972 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr. 47
(markedsføringsloven)
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25 (straffeprosessloven)
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av
5. mars 2004 nr. 12 (konkurranseloven)
- 2004 Lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak) av 25. juni 2004
nr. 49
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90 (tvisteloven)

Opphevede lover:

- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring av 26. juni 1992 nr. 86 (endret til
Lov om tvangsfullbyrdelse 1. januar 2008)

Utenlandske lover:

- 1960 Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1960:729
(Upphovsrättslagen) [Sverige]
- 2000 Lag om säkerställande av bevisning i tvistemål som gäller immateriella rättigheter
7.4.2000/344 [Finland]
- 2007 Lov om rettens pleje, jf. lov om bekendtgørelse nr. 1261 af 23. oktober 2007
(Retsplejeloven) [Danmark]

8.2 Forskrifter

Forskrift om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurranse saker. FOR-2005-12-22-1645

8.3 Forarbeider

Norske forarbeider:

NOU 2001:32	Rett på sak. Lov om tvisteløsning
NOU 2003:12	Ny konkurranse lov
Høringsnotat –	endring av tvistemålslovens regler om bevisopptak utenfor rettssak m.m. (Immaterielle rettigheter – TRIPS-avtalen) Justis- og politidepartementet, januar 2002. Snr. 02/00244
Ot.prp.nr.65 (1990-1991)	Om lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven)
Ot.prp.nr.6 (2003-2004)	Konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranse loven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranse regler mv. (EØS-konkurranse loven)
Ot.prp.nr.33 (2003-2004)	Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)
Ot.prp.nr.51 (2004-2005)	Mekling og rettergang i sivile tvister (tvistelo ven)
Innst.O.nr.66 (2003-2004)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)
St.prp.nr.65 (1993-1994)	Om resultatet av Uruguay-runden (1986-93) og om samtykke til ratifikasjon av Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (WTO) m.m.

Danske forarbeider:

Betænkning nr. 1385	Bevissikring ved krænkel se av immaterialrettigheter m.v. København 2000
---------------------	---

Svenske forarbeider:

Prop. 1998/99:11

Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång. Stockholm 1998

8.4 Rettspraksis**Høyesterett:**

Rt. 1990 side 8 HR (Borettslagsleiligheten)

Rt. 1998 side 583 HRK

Rt. 2000 side 1261 HRK (Storbyguiden)

Rt. 2005 side 1590 HR (Lisa)

Rt. 2006 side 626 HR (Normarc)

Lagmannsretten:

LB-2005-59502 Kjennelse avsagt 29. november 2005

LG-2005-117640 Dom avsagt 30. mars 2006

Tingretten:**Publiserte**

Kongsberg byrettsdom av 9. februar 1999 (Lov & Data nr. 59 – september 1999)

Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2005 (Normarc)(muntlige forhandlinger) (TOSLO-2004-42431)

Asker og Bærum tingretts kjennelse av 14. januar 2007 (Tom & Jerry) (RG-2007-736)

Ikke publiserte

Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004 (Normarc)

Drammen tingretts kjennelse av 30. september 2004 (Pehrson & Wessel)

Moss tingretts kjennelse av 8. november 2007 (Skifte)

Oslo tingretts kjennelse av 11. februar 2008 (Bingo)

Moss tingretts kjennelse av 25. mars 2008 (Skifte) (muntlige forhandlinger)

8.5 Litteratur

Bøker og artikler:

Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 8. utgave. Oslo (1998)

Correa, Carlos M. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Oxford (2007)

Falkanger, Thor. Tvangsfullbyrdelse. Et kompendium. I: Jussens venner 1993. Side 57-146

Fogde, Thorkild og Madsen, Rasmus Møller. *Bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder mv*. I: Juristen nr. 8 – 2001. Side 329-338

Gervais, Daniel *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*. Second Edition. London (2003)

Graver, Hans Petter. *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap, vol 119, 2/3. 2006. Side 189-221

Hjort, Maria A. *Regulering av e-post som bevis etter den nye tvisteloven – praktiske og rettslige utfordringer*. 2008 (upublisert)

Hov, Jo *Rettergang I Sivil- og straffeprosess*. 2.utgave. Oslo (2007)

Hov, Jo *Rettergang III Sivilprosess*. 2.utgave. Oslo (2007)

Lindell, Bengt *Notorietet och kontradiktion*. Uppsala (2007)

Monsen, Erik. *Bevistilgang til elektronisk lagret material*. I: Tidsskrift for Forretningsjus nr. 3 -2007. Side 194-235

Schei, Tore *Tvistemålsloven Bind II §§ 183-486 Med kommentarer av Tore Schei*. 2.utgave. Oslo (1998)

Schei, Tore m.fl. *Tvisteloven Kommentarutgave Bind I*. Oslo (2007)

Schei, Tore m.fl. *Tvisteloven Kommentarutgave Bind II*. Oslo (2007)

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2.utgave. Oslo (2001)

Norsk lovkommentar:

Frode Innjord. *Kommentar til tvistemålsloven I*: Norsk Lovkommentar (online), note 985 [sitert 7. april 2008]

Frode Innjord. *Kommentar til tvistemålsloven I*: Norsk lovkommentar (online), note 1020 [sitert 19.mars 2008]

Olav Kolstad. *Kommentar til konkurranseloven I*: Norsk lovkommentar (online), note 217 og 222 [sitert 19. mars 2008]

8.6 Konvensjoner og internasjonale traktater

EMK: Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950

TRIPS: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1. Januar 1995

WTO: Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (World Trade Organization), 15. april 1994

8.7 Internett

www.lovdata.no

http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm

8.8 Personlig meddelelse

Eriksen, Christofer. E-post. 2. april 2008

Myhre, Jørgen. E-post. 11. april 2008

Myhre, Jørgen. Telefonsamtale. 16. april 2008

